



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

## Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

- + *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.
- + *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.
- + *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.
- + *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

## Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página <http://books.google.com>

CD TV

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 097 783 823



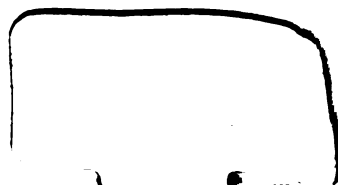


22.5.1916



HARVARD LAW LIBRARY

Received <sup>S</sup> Oct 20 1915





Paraguay







*crim*

48  
①  
40

# DERECHO PENAL

Extracto de las conferencias dadas en clase

POR EL

CATEDRÁTICO DE LA ASIGNATURA

Dr. D. Teodosio González

ENTREGA PRIMERA



ASUNCIÓN

TIPOGRAFÍA «LA OPINIÓN», PLAZA DE ARMAS

1898

*30/11/1933*

Crtv  
G643.2  
1898

12/20/15  
Dec 20 1915



# DERECHO PENAL

EXTRACTO DE LAS CONFERENCIAS DADAS EN CLASE POR EL CATEDRÁTICO  
DE LA ASIGNATURA

DR. D<sup>N</sup>. TEODOSIO GONZALEZ

## Leción Primera

I. Concepto del Derecho Penal.—II Su necesidad é importancia.—III. Su relación con las demás ciencias.—IV. Fuentes del Derecho Penal.—V. División del Derecho Penal.

### I

El Derecho Penal es aquella parte de la ciencia jurídica, que estudia las violaciones de los derechos individuales y sociales, conocidas con el nombre de delitos y los medios más eficaces para prevenirlos y castigarlos.

Entra el Derecho Penal como parte integrante del organismo total del Derecho, que como regla universal coordina los intereses particulares y dirige la actividad humana. Su esfera se extiende á los actos de rebelión ú hostilidad contra los principios fundamentales é indispensables á la humana convivencia, cometidos por los que sustituyendo su voluntad á la de la Ley y usurpando é invadiendo la esfera jurídica de otros, ejecutan actos, que quebrantan los principios fundamentales de la Sociedad y del Gobierno.

Lesiones hay de derecho contra las cuales cada uno tiene la posibilidad de precaverse por el solo empleo de sus facultades individuales y que; cuando se verifican, el rol de la justicia se limita á la reparación. Pero hay otras respecto de las cuales los medios de previsión y defensa indi-

viduales son insuficientes; atentados de tal naturaleza y gravedad, que nuestra razón concibe fácilmente la facultad para el poder social de compeler al violador á sufrir cierto mal en castigo de la vejación que ha cometido: Estas lesiones que afectan no sólo á la persona de la víctima, sino á la sociedad cuya protección quebrantan, son las únicas de las que debe ocuparse el Derecho Penal.

De estos principios podemos deducir la noción filosófica de la materia que nos ocupa, diciendo con Ortolan, «que el Derecho Penal es una concepción de la razón humana deducida de una relación del hombre en sociedad, en la que la sociedad tiene la facultad de hacer sufrir al hombre cierto mal en razón de la violación del derecho que ha cometido.»

En el Derecho Penal aparecen por lo tanto *prima facie*, dos elementos contrapuestos que constituyen la esencia misma de ese derecho: por un lado un perturbación del orden jurídico que no debe provenir de la duda del error ni de la ignorancia, fácilmente reparables por la simple coacción civil, sino que debe ser voluntaria y consistente en una hostilidad, una resistencia abierta contra las leyes mas esenciales al orden social; y por otro lado los medios mas adecuados para vencer y ordenar aquella resistencia, reintegrar si es posible á la persona en la posesión de su derecho, dar satisfacción y seguridad á los demás de que el suyo no será negado ni violado impune-

mente y evitar el contagio del mal ejemplo.

El Derecho Penal abarca, pues, como contenido propio, el orden de relaciones contrarias al derecho social garantido por el Estado y aquellas medidas por medio de las cuales, por la amenaza primero y por la aplicación real y efectiva después de un mal, se contiene á los demás hombres en el deber, se restaura ó reintegra el derecho violado: lo primero es el delito, lo segundo las penas.

Como se ve el Derecho Penal es esencialmente sancionador, constituye la sanción por el castigo corporal de los derechos indispensables á la vida social, la existencia, la libertad, el honor, la propiedad; y al aplicarlo el Estado ejerce una acción tutelar de defensa, de pacificación, de intimidación, de reparación, de restauración del derecho en todas las esferas en que ha sido negado, violado y destruido.

Forma parte del Derecho Público interno: público porque en todo acto criminal se nota por un lado la sociedad que castiga y por otro el violador del derecho que es castigado; é interno porque para todos los países es una cuestión de orden interior.

Para completar el concepto del Derecho Penal enunciaremos su rasgo característico: este consiste en la imposición de la pena. El Derecho Penal concurre á la convivencia y al bienestar social (grande generalidad común á todas las instituciones sociales) contribuyendo á procurar la observancia del derecho de la sociedad (particularidad que empieza á determinarla mejor, pero que también es común á muchas otras instituciones) por medio de la aplicación de un mal impuesto en algunos casos á ciertas violaciones del derecho (rasgo característico exclusivo y esencial del Derecho Penal).

## II

La necesidad de una sanción que garantice y conserve el orden social, del que depende la existencia, la vida misma de la sociedad, es indiscutible.

No hay orden humano sin sanción adecuada. El orden religioso tiene como sanción las penas futuras, que

privan al hombre del bien absoluto, de la posesión de Dios. El orden moral tiene el dolor, el remordimiento de la conciencia, que sentimos en nuestro propio ser, como individuo y miembro de la humanidad. El fisiológico la enfermedad, el sufrimiento y la muerte. El jurídico, por fin, la privación de un medio necesario á la persona para realizar sus fines propios, por medio de la coacción.

Siendo la penalidad la sanción de las violaciones del orden jurídico, el Derecho Penal es el punto de convergencia de todo el derecho social. Suprimida la justicia criminal dice Pacheco, y las sociedades se convertirán en un caos. Todos los derechos, hasta la misma existencia del hombre, quedarían abandonados y sin garantía. Dios no existiría para semejantes pueblos.

La importancia del Derecho Penal es muy grande. Por el objeto sobre que recae, agrega el mismo autor, nada hay mas digno, mas eminente que el ministerio punitivo de la ley penal. No son los bienes temporales que poseemos, sino nosotros propios, nuestra libertad y nuestro ser la materia en que se hace sentir su autoridad. Nada reclama mayor consideración, ni mayor reflexión en su ejercicio, deste que sus extravíos son relativamente irreparables y sangre, lágrimas, miseria y orfandad, son siempre el acompañamiento de sus aciertos dolorosos y de sus mas dolorosos errores.

Por su naturaleza y carácter propios, la justicia criminal es tan importante, que ella es ó debe ser la más directa aplicación de la justicia divina. El Juez que interroga, que condena ó que absuelve á un acusado, por su posición y facultades, es sobre la tierra la propia imagen del Supremo Autor, del terrible Juez del Universo. No hay aquí lo convencional del orden político, lo indiferente del orden civil.

## III

Las relaciones del Derecho Penal con las demás ciencias son muchas y muy estrechas. El Derecho Penal, se relaciona más que cualquiera otro ramo del Derecho, con la Filosofía en general, porque uno de sus puntos



más importantes es el relativo á la responsabilidad penal, fenómeno moral que se relaciona íntimamente con la intención.

Con todas las ciencias jurídicas y sociales, por que es la sanción de todas ellas. En efecto, de nada servirían las declaraciones contenidas en las Constituciones y demás Códigos, los preceptos sentados por las ciencias económicas, si el D. Penal no garantizase su regular funcionamiento haciendo efectivas esas declaraciones por la imposición de la pena á los que la negasen ó contrariasen.

Con la *Sociología* y en particular con la *Antropología*, por cuanto los descubrimientos más modernos del D. Penal, consideran como veremos más adelante, al delito, como un fenómeno biológico social y al delincuente, como un tipo degenerado, anormal, un ser inferior en la escala humana, que se distingue de los demás hombres por caracteres físicos y psíquicos bien determinados.

Con la *Historia*, porque, como también veremos más adelante, el Derecho Penal ha sido en todas las épocas un reflejo más ó menos fiel del grado de adelanto intelectual y moral de los pueblos.

Con las *Ciencias Físicas y Naturales*, por la íntima y necesaria relación que la experiencia ha descubierto, entre los fenómenos del mundo físico y los del mundo moral; ya veremos en oportunidad la influencia de los elementos externos, en la comisión de los delitos.

Y por fin con la *Estadística* que en éstos últimos años se ha hecho una compañera inseparable de los estudios penales, por cuanto el nuevo carácter que se inicia en esos estudios, es de experiencia pura y en este concepto sus datos no tendrían importancia si no fueren cifrados.

#### IV

Las fuentes inmediatas del Derecho Penal moderno son: el *Derecho Romano*, cuyos principales textos relativos al Derecho Penal están sacados del *Corpus juris civili*; el *Derecho Canónico*, textos sacados del *Corpus juris canonici*; el *Derecho bárba-*

ro, es decir, las leyes germánicas, de los francos, borgñones y visigodos; el *Derecho feudal*, en el que sobresalen los códigos españoles.

Como fuentes subsidiarias, tenemos las leyes más antiguas, las tradicionales, las doctrinas de los tratadistas, la jurisprudencia de los tribunales, la equidad y la costumbre.

### Lección Segunda

I. Ley penal, principios generales—II Reglas de interpretación y aplicación de la ley penal.—III Limitación de la ley penal con relación al tiempo, al territorio y á las personas.

#### I

De igual modo que la palabra es la forma necesaria de la idea, la ley es la forma necesaria del derecho en la humana convivencia.

La ley penal aparece por lo tanto como la expresión del derecho penal por obra de la sociedad jurídica, como la necesaria manifestación de la conciencia jurídica de un pueblo, con respecto á la punición del delito.

El derecho es la ley de las leyes, la justicia penal en sí misma, la justicia penal absoluta; crea las leyes penales y vive en ella como el espíritu en los innumerables organismos de la naturaleza. La ley penal es una forma en que el derecho encarna, la autoridad del derecho se traslada á ella, haciéndola digna de respeto y revistiéndola de legítimo imperio.

La *ley penal* no es pues idéntica al *derecho penal* aunque aquella sea encarnación de éste, porque no tiene el imperio universal que tiene el derecho.

De lo expuesto se deduce, que el objeto de la ley penal es determinar en cada país el contenido del Derecho Penal en nombre de la conciencia nacional.

La *ley penal*, según Rossi es la declaración del poder soberano por cuyo medio dá á conocer, cuáles son los actos que prohíbe y cuáles los que ordena, amenazando á los con-

traventores con un mal que se llama pena, ó como dice Obarrio—toda disposición emanada de autoridad competente que define y castiga los actos ú omisiones que importan una turbación del orden social ó un ataque á la seguridad pública.

Confirma los principios de la Moral y les dá una sanción.

Es positiva y escrita, porque siendo una regla establecida en interés de la tranquilidad social, debe manifestarse expresamente para limitar con justicia la libertad humana: de otra manera habría incertidumbre sobre el delito y la pena y el Juez se convertiría en legislador.

De lo expuesto se desprenden los siguientes colorarios:

1º No se puede considerar como delito una acción, sino cuando la ley la haya considerado como tal: *nulla crimen sine previa lege penali*, principio consagrado por el artículo 20 de nuestra Constitución Nacional y artículo 84 del Código Penal, que establecen: *que nadie puede ser penado sino en virtud de una ley ó de una sententia ejecutoriada fundada en ley anterior al hecho del proceso.*

2º No se puede emplear contra el individuo otro castigo que establecido por la ley (art. 81 del Código Penal)

## II

En materia civil como en materia penal, los jueces no pueden dejar de fallar pretestando silencio, oscuridad ó ambigüedad de la ley; pero es muy diferente el criterio que debe adoptar un magistrado según que el punto sometido á su juicio ó sentencia, sea de carácter civil ó penal.

En materia civil, en caso de silencio, oscuridad ó ambigüedad de la ley, el Juez recurre á los principios generales de derecho á la Jurisprudencia, á la Lógica, la equidad; é investigando la verdadera intención del legislador interpreta según su leal saber y entender la disposición oscura ó deficiente, extendiendo la ley mas allá de sus términos, ya sea en favor, ya sea en contra del demandado.

En materia penal, por regla gene

ral, no es admitida la interpretación extensiva. Por su carácter prohibitivo, por su competencia exclusiva para imponer penas, como por los deberes y obligaciones tan estrictos á que dá nacimiento, la ley penal no puede ser extendida mas allá de sus términos. Cada uno de sus preceptos es una regla de conducta para los ciudadanos, donde éstos han de ir á buscar la distinción entre los actos lícitos é ilícitos. Esta distinción supone un acto claro y preciso. Los ciudadanos no pueden estar obligados á abstenerse de actos que no estuvieran definidos y determinados, no pueden ser castigados por hechos que han podido creer legítimos.

La interpretación *restrictiva*, esto es que en la duda se ha de restringir el alcance de la ley, en la forma mas favorable al acusado, es generalmente admitida por la doctrina y las legislaciones penales; (*odia restringit, favoret convenit, ampliare.*)

Este principio está consagrado por el art. 14 de nuestro Código de Procedimientos Penales.

En materia civil, si una cuestión no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá á los principios contenidos en leyes análogas: *ubi eadem legis ratio ubi eadem legis dispositio*, y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho teniendo en consideración las circunstancias particulares del caso (art. 15 y 16 del Código Civil)

En materia penal es terminantemente prohibida la *aplicación por analogía*. Así lo establece el art 13 de nuestro Código de Procedimientos Penales. Es imposible dice Chaveau Adolphe suplir la ley penal como la ley civil con el auxilio de la equidad y del uso de analogías é inducciones.

Si la ley ha enmudecido ó es ambigua á su respecto, los ciudadanos no están obligados á llenar ese vacío, porque si todos tienen la obligación de conocer la ley, no la tienen de estudiarla como legista, de comentar sus términos, comparar sus diversas disposiciones, buscar en ellas penosamente el espíritu de la ley para conocer las reglas de su conducta.

### III

La ley penal, como toda otra ley, tiene su vida comprendida entre el momento de aparecer y el de cesar; comienza á tener vigor desde que se presenta como tal ley ante los individuos y cesa su duración cuando la reemplaza una nueva expresión del derecho.

Su fuerza obligatoria está comprendida dentro de los límites de su duración.

Desde el momento que el poder social la promulgue se supone conocida y nadie puede alegar ignorancia respecto de ella (art. 29 del Código Penal), pero solo — después de ser dictada y publicada, rige esta presunción legal, antes nó.

De lo expuesto se deduce que la ley penal no rige el pasado ni puede referirse á él. Sólo obliga para el porvenir; en una palabra no puede tener efecto retroactivo.

La no retroactividad de la ley es un principio jurídico de aceptación universal. Poderosas razones de equidad y de interés social, á la vez que una dolorosa experiencia, han consagrado el principio de la no retroactividad de las leyes. La libertad humana, la seguridad y estabilidad de los derechos serían ilusorios, si por una nueva ley pudieran juzgarse y castigarse los hechos pasados.

En efecto, la libertad civil consiste en hacer lo que la ley no prohíbe.

Se considera como permitido todo lo que no está prohibido. Los ciudadanos no pueden prever que una acción inocente hoy será prohibida mañana. Por esto es que un hecho por reprehensible que fuere, no está sujeto á pena sino está prescrito y penado por una ley anterior, (artículo 79 del Código Penal).

Este principio tutelar de la no retroactividad de las leyes sufre algunas excepciones en la ley penal. Las principales pueden englobarse en las siguientes:

Cuando la ley nueva es mas severa que la antigua, ya porque considere delito ó hechos anteriormente indiferentes, ya porque les impongan penas mas graves, la retroactividad no debe efectuarse, porque la sanción penal, que advierte é intimida, es un

medio eficaz para prevenir las infracciones y si la nueva hubiera sido conocida al ejecutarse el acto criminal, tal vez con su amenaza se hubiera contenido al culpable; pero cuando la nueva ley quita el caracter criminal á un hecho, ó disminuye la pena, entonces, debe tener efecto retroactivo, porque sería injusto continuar castigando hechos cuya represión considera la ley innecesaria ó de aplicar una pena cuya necesidad se ha declarado inútil. Esta excepción está expresamente consagrada por el art. 82 de nuestro Código Penal.

Por disposición de este mismo artículo, esta excepción se extiende también á las leyes de forma ó sea á las de procedimientos y competencia de los tribunales, siempre que los nuevos trámites sean mejores medios de encontrar la verdad, y á los tribunales creados ofrezcan mas garantías á la amplia y libre defensa y el delincuente opte por ello.

Las leyes penales que como hemos visto son la manifestación del derecho penal dentro del territorio soberano é independiente de una nación, tiene por esfera lo que la soberanía nacional. Por esto la ley penal de un estado, comprende á todos los individuos que se encuentran dentro del territorio de ese Estado y sea cual fuere el autor ó la víctima de un crimen su represión corresponde á los tribunales y á las leyes, que dentro del país amparan el derecho violado (art. 1º del Tratado de Derecho Internacional Penal de Montevideo y 77 y 78 del Código Penal). Este principio que en derecho se denomina territorialidad de la ley penal se funda sobre el principio de nacionalidad, en el sentido de que, todo Estado nacional es dentro de los límites de su territorio órgano para el cumplimiento de la justicia.

La eficacia de la ley penal está pues sometida á la ley del lugar donde el delito se realiza (*locus criminis patrio*).

Este principio, dice B. R. puede ser enunciado con todos los nombres de un axioma, es decir, que no necesita demostración. El carácter territorial de la ley penal, no ha sido atacado en ningún tiempo, porque es inherente á cada Estado, la facultad

de amparar y definir, los derechos de los que habitan su suelo, de los que se encuentran bajo su jurisdicción territorial.

Esta jurisdicción territorial abraza, como es natural, la tierra firme comprendida dentro de los límites de la soberanía, así como las aguas mediterráneas, como los ríos, lagos, canales etc.; á los que se agregan por una ficción jurídica del derecho de gentes los lugares en que ondea la bandera nacional, los ocupados por un ejército nacional, y un buque de guerra nacional ó un buque mercante protegido por la bandera nacional, pero esto último solamente en alta mar ó en aguas neutrales. Se declaran aguas territoriales á los efectos de la jurisdicción penal, las comprendidas en la extensión de cinco millas, desde la costa de tierra firme á islas de que forman parte del territorio de cada Estado (artículos 9, 10, 11, 12 y 13 del Tratado celebrado por el Congreso de Derecho Internacional Privado reunido en Montevideo en 1889).

El principio general de la territorialidad de la ley penal sufre no obstante alguna excepción.

La historia de los procesos nos enseña que un delito puede perpetrarse en un Estado, afectando exclusivamente los derechos y los intereses de otro: un caso típico es el de la falsificación de monedas extranjeras. En estos casos por mas que el delito no se haya cometido dentro del territorio del país danificado, es forzoso reconocer la jurisdicción de este último, por que es el único que puede invocar la defensa jurídica como base de la penalidad y razón del castigo. Consecuente con este principio el Congreso de Montevideo á que nos hemos referido y cuyas conclusiones son ley para nosotros estableció en el art. 2º de Derecho Penal que *las infracciones de la ley penal perpetradas en un Estado pero que afectan exclusivamente derechos ó intereses de otro, serán juzgadas por los tribunales y penadas por la ley de este último.*

Puede suceder tambien que un mismo crimen ó delito se consuma á la vez, por uno ó varios delincuentes en distintos territorios afectando á diferentes Estados; como puede igual

mente suceder que un delincuente, buscando en la fuga la impunidad de su delito se refugie en un país extranjero.

En estos casos, rompiendo con la máxima *lex non valet extra territorium* las leyes penales propias de un Estado, tomando un caracter internacional se aplican en otros y vice versa. Como estos casos se refieren á la extradición y el derecho de asilo, materias cuyo estudio pertenece al derecho Internacional Privado no nos detendremos en su exámen (véase art. 4º 5º 6º y 7º tratado de Montevideo, Derecho Penal.)

En los límites ya señalados del tiempo y del espacio la ley penal como expresión del derecho impera sobre todos igualmente. Es un principio universal que la ley es impersonal y constituye una norma general (*generale et comune preceptum*) llamada á expresar la unidad del derecho en medio de la varia multiplicidad de los intereses humanos. Todos son iguales ante ley, todos se hallan sometidos á las mismas penas y responsabilidades por los mismos delitos y todos se encuentran sometidos á la misma jurisdicción y procedimiento encaminados á garantizar las exigencias legítimas de la sociedad y de los individuos.

Sin embargo, el Derecho Público Interno, como el Derecho Público externo ó internacional, ejercen en las legislaciones contemporáneas una influencia que limita este principio de igualdad jurídica.

Entre nosotros tenemos:

1º *Restricciones derivadas del Derecho Público Interno:* El Presidente de la República, el Vice Presidente, sus Ministros, los Miembros del Superior Tribunal de Justicia y los Generales del Ejército Nacional, solo pueden ser traídos ante la jurisdicción criminal ordinaria, después que la Cámara de Diputados los haya acusado ante el Senado y que este por mayoría de dos tercios de voto, haya declarado haber lugar á formación de causa (art. 50 de la Constitución).

Se funda esta sanción en la dignidad del alto puesto que invisten, como órganos directos de la soberanía nacional, circunstancia que hace inadmisibles que á cada momento



puedan ser arrastrados por los particulares á responder de sus actos en mengua del decoro de la Nación, cuyos más altos atributos les están encomendados.

Niugún miembro del Congreso puede ser acusado ni molestado por las opiniones ó discursos que emiten en desempeño de su mandato de legislador. No puede ser arrestado desde el día de su elección hasta el de su cese, salvo el caso de ser sorprendido en infraganti delito que merezca pena infamante, dándose en seguida cuenta del hecho á la Cámara respectiva con una información sumaria del mismo hecho. Cuando un Senador ó Diputado es querellado ante la justicia ordinaria, examinado el mérito del sumario en juicio político cada Cámara podrá por dos tercios de votos suspender en sus funciones al acusado y ponerlo á la disposición del Juez competente para su juzgamiento (art. 63, 64 y 65 de la Constitución). La causa de esta exención es la elevación del mandato legislativo, la independencia necesaria para cumplirlo y la seguridad que debe tener el que se halla investido de tan sagrada misión.

2º *Restricciones derivadas del Derecho Público Internacional*—La exención de la jurisdicción penal del territorio extranjero donde se encuentra es concedida al Gefe de un país amigo en virtud de la ficción jurídica llamada en el Derecho Internacional de la *extra territorialidad*. Se funda la ficción en este caso en la cortesía y en la consideración de que, para el representante del poder soberano de una Nación y por consiguiente de sus leyes, sería hasta cierto punto deprimente el estar sometido en su carácter oficial á cualquiera potestad legal extraña.

La *ex territorialidad* ó exención de la ley penal se extiende también á los embajadores, ministros y demás agentes diplomáticos y á todo el personal de una legación extranjera; no solo por que dicha legación se considera por una ficción del Derecho Internacional como un pedazo del territorio representado, sino porque ese privilegio se impone como una necesidad de los Estados, que no pueden entenderse en los conflictos en-

tre dos naciones soberanas con un subdito de su misma soberanía; y porque la jurisdicción criminal no puede pesar sobre el representante de otro estado sin comprometer su libertad individual que le es esencial para cumplir su delicada misión. Estos principios están consagrados por el art. 3º del tratado de Montevideo de Derecho Penal que es ley entre entre nosotros.)

### Lección Tercera

Antecedentes históricos.—I. Tiempos primitivos.—II. Tiempos antiguos.—III. Sistemas penales del Oriente.—IV. Derecho Penal griego.—V. Derecho Penal romano.—VI. Derecho Penal de la Edad Media.—VII. Derecho Penal de los tiempos modernos.—Beccaria; la revolución francesa.

#### I

La ley penal tan importante en nuestros destinos que se aplica y recae sobre unos hechos cuya antigüedad se pierde en los orígenes del género humano, es uno de los mas primitivas instituciones del mundo.

La ley penal es la primera de las leyes y no hay ninguna en la historia del género humano que puede disputarle la preferencia en el orden cronológico.

En la época misteriosa que precede á la población del orbe, una desobediencia y su castigo, constituyen toda la historia de nuestros primeros padres. Arrojados éstos en seguida sobre la haz de la tierra, dice Pacheco, aun no son mas que tres hombres los que por ella vagan; aun se encuentran todos ligados con estrechísimos vínculos, animados del íntimo sentimiento de paternidad y hermandad y hé aquí, que uno de los tres se hace reo de homicidio y descubre á la naturaleza asombrada, el hasta entonces desconocido espectáculo de la muerte.

Aun no se habia fundado la propiedad ni su derecho, primera ocasión cuando no primer origen de la ley civil—aun no se habia recorrido la época del patriarcado, situación anterior á toda ley política, cuando ya se producían los delitos y se ofrecía por consiguiente á la razón humana,

la idea de la represión penal con sus naturales é imprescindibles resultados.

Desde entonces acá la sociedad ha venido manteniendo una lucha cruel é implacable contra el criminal, lucha interminable á la que no fué ajeno ningún pedazo del planeta ningún monumento de la historia.

Pero si la idea del delito y de la pena ha existido siempre, no han sido siempre los mismos las penas y los delitos; el acto por ejemplo de hacer descarrilar un tren ó falsificar un billete de Banco, no era posible que estuviese prohibido y penado por el derecho escrito ó consuetudinario de los antiguos griegos ó germanos; y por otro lado acciones inocentes ó hechos que hoy consideramos absurdo castigar, como la hechicería, la magia, la brujería, la blasfemia, el concubinato etc. fueron asuntos muy graves para nuestros antepasados, castigados con penas verdaderamente terribles.

Sucédole al Derecho Penal, dice Rossi, lo que á cualquiera otra sistema de ideas. El hombre no podía concebirle en toda su latitud y pureza antes de que espíritu humano ha ya pasado por el crisol de la civilización.

«En la infancia de los pueblos cuando los individualismos están todavía sobrado aislados y distantes entre sí y que las ideas generales de orden son demasiado oscuras, la justicia penal no podía ser comprendida ni no lo ha sido de hecho.

En la cuna de la civilización los hombres no tienen más que una especie de conocimiento instintivo de la justicia penal. Sienten confusamente que el mal merece el mal y no se revelan contra las aplicaciones groseras de este principio. Subyugados por las necesidades inmediatas y la violencia de las pasiones en la vida salvaje que llevaban, no ven más que individuos: ofensor y ofendido».

Es por eso que en la infancia de la sociedad el Derecho Penal se confunde con el derecho de defensa personal esencialmente individual, animal y transitorio en su acción.

La venganza personal consistente en una reacción de derecho simultánea al ataque cuyo límite solo se fija

por aquel que la repele constituye entonces la primera fase de la Penalidad. Ella fué la primera forma de la justicia penal, y una verdadera necesidad y un derecho cuando aun no existía el poder social ó era muy débil para proveer á la seguridad pública.

«Poco á poco van confundiendo los individualismos; la fusión social hace algunos progresos y las ideas de orden público empiezan á apoderarse de los ánimos. Aprovechase de esto el Derecho Penal, para empezar á despojarse de la mezcla de sentimientos personales, violentos y vengativos que la informaban totalmente. Los hombres se agrupan y organizan cada vez mas; del individuo se pasa á la familia, de esta á la tribu; principian á comprenderse las dificultades é inconveniencias del sistema de represión existente, por las guerras crueles é interminables á que esponía á los asociados y se busca la manera de solucionar esos conflictos, creando una autoridad á que todos estaban obligados á obedecer; se delega la venganza personal en manos del jefe de la agrupación ó de la tribu, quien interviene desde entonces para moderar el alcance de la venganza de sangre y establecer algunos principios para las reparaciones de los hechos delictuosos.»

Entre las reglas que vinieran á moderar el ejercicio de la venganza se encuentra la institución del *talión* que no es otra cosa que una regla de proporción por la que se trata de volver al individuo que ha hecho un mal, otro mal de la misma naturaleza ó intensidad que el que ha causado; *ojo por ojo, diente por diente*, como decía la ley mosaica; y la *composición* que no es sino la sustitución de la venganza de sangre, por la entrega de una cantidad de bienes á la persona ofendida, mediante un arancel de reparaciones; el tanto legal del rescate de la pena establecido por las costumbres.

Como se vé el progreso es sensible. Si bien los hombres son todavía demasiado materiales, si todavía no tienen idea de la penalidad propiamente dicha, ya comprenden que el ejercicio de la justicia penal es una



misión del poder social practicado con miras generales.

## II

Estas ideas toman incremento en el siguiente periodo de la civilización cuando una necesidad mayor de sociado público, hace reconocer por fin la insuficiencia de la razón individual para mantener el orden social. Entonces es cuando la penalidad propiamente dicha empieza á ser el principio regulador de la justicia criminal.

Los hombres se acercan cada vez mas siguiendo las leyes de la naturaleza, se comunican mas intimamente sus intereses, acciones y sentimientos; sus ideas de orden y de derecho crecen, se extienden y purifican; comprenden que no deben gobernarse ni por el interés ni por el capricho de las individualidades y por último, aparece en la mente de ellos, la idea de un Estado que debe apoyar y someter á todos, protegiendo el orden público y los principios morales por medio de la justicia penal. Recien entonces hubo entre los hombres reglas establecidas, corporación verdadera, formas positivas del Derecho Penal.

En este periodo de la civilización que en el orden histórico se llama de los *tiempos antiguos*, la justicia adquiere ya su verdadero carácter de función social. Pero como el hombre no pasa de un Estado á otro, de un orden de sentimientos y de ideas á otro mas elevado sin llevar tras si las reliquias del sistema de que ha llegado á emanciparse, muchísimas formas de la penalidad anterior subsisten en el presente v.g. el talion y las composiciones.

## III

Constituida la sociedad en estados soberanos vino ella á tener una organización *política religiosa* y especialmente religiosa á causa de la influencia poderosa y casi absoluta de la religión.—La justicia penal aparece á sus ojos bajo la imagen de un sacerdocio, de una especie de ministerio sagrado y la pena como una rescisión social de índole política y religiosa.

Esta circunstancia hizo que en todo el oriente, la legislación criminal

fuese ante todo religiosa. En la India, en la Persia, la Arabia, en Egipto, la China, el Japón, el Asia Menor, la Abisinia, etc., las faltas que se persiguen con mayor rigor son las que atentan contra la religión y sus ministros. Las relaciones con los extranjeros eran un crimen capital á los ojos de un legislador que atendía sobre todo á mantener la pureza de la religión y las costumbres nacionales.

La historia nos presenta la penalidad de todo el Oriente como cruel, antojadiza y especialmente caprichosa. Proclama leyes penales que no son mas que extravagancias á los ojos de la razón; confunde el delito con el pecado, aspira á una expiación completa y hasta dramática; piensa que el suplicio del delincuente es un holocausto agradable á la divinidad ofendida y un medio de reconciliarla con su pueblo. Era general la idea de un Dios vengador del delito y abona esta afirmación la tradición de un diluvio universal cuyo relato se encuentra en todos los libros sagrados.

Sobrecogidas las naciones de aquella época, por la importancia de la conservación del orden público, por la misma razón de que era un beneficio reciente y todavía no asegurado enteramente, se creyeron con derecho de hacerlo todo para prevenir sus violaciones; no guardaron ninguna proporción ni medida, castigaron crímenes imaginarios y se complacieron en torturas horribles. La muerte, las mutilaciones, los suplicios, los azotes las confiscaciones se prodigaron de una manera inconcebible. El respeto á la vida humana era un nulo y la muerte ya no asustaba á nadie sino le precedían largas torturas.

El carácter teocrático y despotico de los pueblos del Oriente, dió origen á que la igualdad de los hombres antes la justicia por el fuero también un sueno. La preponderancia de la religión y las autoridades religiosas á los pueblos en el oriente, les dio un privilegio mas á los sacerdotes. Así por ejemplo en la India ningún crimen podía ser castigado sin un *bracman* ó sacerdote, por mas críme-



nes que haya cometido; solo podía desterrarle dejándole todos sus bienes y sin hacerle el menor mal. Una tonsura ignominiosa era la única pena para un sacerdote adúltero, mientras que los hombres de las demás clases sufrían la pena capital por ese delito. Entretanto, si un hombre de casta inferior cometiese la imprudencia de hacer advertencias á un bracman, el rey debía hacerle echar aceite hirviendo en la boca y en los oídos.

Siendo el rigor el principio dominante, las faltas leves y los mas grandes crímenes eran castigados con la misma pena: casi siempre los tormentos ó la muerte. Y no se limitaban sus efectos al culpable sino que trascendía á su familia y hasta sus amigos.

Tan terrible y espantosa penalidad fué debida única y exclusivamente según Tissot, á la influencia de la religión. Todo poder sacerdotal, dice este filósofo, es naturalmente despótico puesto que semejante poder es siempre reputado de carácter divino y la autoridad divina no puede ser discutida ni repartida por los hombres.

#### IV

Siguiendo la marcha de la civilización de Oriente á Occidente, llegamos á la Grecia.

Hay en la historia de la Grecia dos periodos que pueden y deben considerarse distintamente: el *herdico*, anterior á la guerra de Troya y el *histórico*, posterior á aquel acontecimiento.

En el primer periodo el Derecho Penal griego revistió el mismo carácter que en todos los pueblos primitivos; en él aparece principalmente la venganza como medio de represión, ya en la forma individual, ya en la familiar en cuyo caso incurría en infamia el miembro de la familia que dejaba de ejercerla; y las *composiciones*, que sustituye la venganza por una indemnización en dinero que se pagaba al ofendido.

En el segundo periodo, pero en la época anterior á la gran cultura griega, la venganza individual ó familiar se vió sustituida por la venganza social, en que aparecen confundidos

dos elementos dominantes, el político y el religioso, doble carácter que se nota en todas las instituciones penales griegas de aquella época. El progreso que se nota en la penalidad griega de esta época sobre la de los pueblos Orientales es que si bien persiste el concepto religioso, éste ya no es exclusivo ni preponderante como en el Oriente, sino que va confundido con el principio político. Mas todavía: el estado aparece como el órgano principal del derecho y su conservación importa tanto ó más á los ojos de la ley que la conservación de la religión.

El delito se consideraba pues no solo ya como una ofensa á la divinidad, sino tambien como una perturbación del orden político cuya conservación constituía una herencia de gloria para los griegos.

Siendo la penalidad griega de la época que nos ocupa un trasunto de la penalidad del oriente sobre todo de la Persa fué en extremo rigurosa. Las leyes de Dracon que fueron durante los siglos de este periodo el único derecho criminal de Atenas fueron terribles, espantosas. «No conozco un crimen por pequeño que sea que no merezca el último suplicio—dijo aquel hombre tan severo como honrado—y en cuanto á los que mi razón representa como mayores no tengo penas mas duras que imponerles». Tremenda explicación dice Pacheco que condenaba íntegra á la humanidad y que era al mismo la negación de todo juicio, de todo progreso, de toda ciencia en la esfera de las leyes penales. Tremenda doctrina—si merece este nombre—que borraba toda distinción en la inmensa escala de las penas y de las culpas, que sometía á un propio nivel lo que el mismo legislador, de acuerdo con la conciencia del género humano, no podía menos de considerar como diferente.

En la época siguiente, ó sea en la de la gran cultura griega aparece Solón. Este gran legislador ateniese que tanto adelantó las instituciones civiles y políticas de su patria, dejó no obstante grandes lagunas en la legislación penal y consagró prácticas y disposiciones legales que la ciencia no puede en manera alguna



concebir. Conservó muchas leyes draconianas, que como ya hemos dicho era la negación de toda justicia y menudeó los suplicios y las penas infamantes como el hambre, el apedreamiento, el veneno, el mar, el bástrro, la marca, la muela, los azotes etc. notoriamente incompatibles con las ideas filosóficas y el sentimiento estético de la culta Atenas.

No es posible negar que Sócrates, Aristóteles, Platon, Pitágoras, Demóstenes, Plutarco etc., proclamaron doctrinas, máximas y sentencias que el pena ista moderno acoge todavía con satisfacción profunda como memorables conquistas en el orden orden de la inteligencia; «pie-dras preciosas ocultas entre oscuras gangas, destellos brillantes reveladores de la instinción del genio»; pero esos principios, esas doctrinas no trascendieron al derecho y a la vida, a la penalidad que se aplica, permanecieron en la región de las especulaciones filosóficas, como dispersos elementos de una construcción científica solo posible en un lejano porvenir.

Resumiendo, podemos decir, con Pacheco, que es la cuna de la filosofía de las ciencias y de las artes, la Grecia, cuyos ilustres hijos escribieron tan extensamente sobre las cuestiones intelectuales y morales, que fueron intérpretes tan profundos de derecho civil y de derecho político, nada pensaron, nada escribieron sobre la ciencia penal que quedó abandonada al acaso y a la marcad de absurdas preocupaciones y añejos prejuicios.

## V

De la Grecia pasó la civilización a Italia; de Atenas a Roma.

El Derecho Penal Romano ofrece diversos aspectos a causa de las varias formas de gobierno, que sucesivamente constituyeron el estado político de aquel pueblo.

De la época primitiva ó sea de aquella en que dominaron los reyes, son escasos los datos que se han conseguido recoger con relación a las leyes que la rigieron. La Recopilación atribuida a Papirio no se ha conservado y hasta ha negado la crítica moderna su existencia, sosie-

niendo que la conocida con ese nombre fué un escrito apócrifo.

Lo único que cabe asegurar es que el Derecho Penal primitivo de los romanos fué el resultado de la fusión de elementos jurídicos tomados de diversas naciones conquistadas; y que al pueblo romano, sin mas ocupación que el rudo ejercicio de la fuerza bruta, avezado a las guerras y al despojo, el exceso y la injusticia en la penalidad no debió parecerle tan odiosos como a las naciones modernas favorecidas por toda clase de progresos intelectuales, morales y económicos.

Habiendo desigualdad de castas, como lo hubo en esa época era au consecuencia forzosa la desigualdad de las penas según fuese el culpable, patricio, plebeyo ó esclavo.

Las penas eran barbaras y atrocas como en todos los pueblos que le eran contemporáneos.

Espulsados los reyes, Roma entró en el segundo periodo de su vida política; la *Republica*.

Durante este periodo Roma se rigió principalmente por la Ley de las XII tablas. Servian a esta de complemento las leyes dictadas directamente por el pueblo (*leyes* y plebiscitos), los decretos del Senado, los edictos de los magistrados y la jurisprudencia de los Tribunaes.

Entre las XII Tablas la octava se ocupaba expresamente de los delitos. Este código sentó como regla general el *talion* (*pars paris refertur*), templándola con el derecho de transacción ó *compositio*n con el ofendido muy en uso como hemos visto en toda la antigüedad. Así encontramos entre las primeras disposiciones del libro citado, la siguiente: *el que dañar un miembro a otro sufrirá la pena de Talion a menos que no se arreglare con el ofendido*.

La ley de las XII Tablas, se apropió los preceptos de las leyes Orientales y griegas sobre la desigualdad de los extranjeros ante la ley; eran ellos considerados a la par de los esclavos, ó sean los pueblos sometidos. Entre los mismos ciudadanos se establecieron distinciones segun fuese el culpable patricio ó plebeyo, siendo el rigor de las leyes segun los privilegios de las personas sobre que re-

caiz. También adoptó las leyes egipcias en la que se refiere á los deudores insolventes. Estos, con toda su familia, estaban adjudicados como cosas á sus acreedores, quienes podían hacer de ellos lo que querían, retenerlos como esclavos, venderlos y hasta matarlos.

En las leyes romanas del tiempo de la República el concepto religioso predominante en la penalidad de todos los pueblos antiguos, desapareció y fué sustituido por el concepto político llevado hasta la exageración. No se castigaba ya para aplacar á la divinidad sino para mantener incólume las instituciones políticas y el poder soberano del Estado. La pena abandonó el carácter expiatorio para tomar el de intimidación. Las fuentes del derecho se trasladaron, en una palabra del cielo á la tierra como dice Crespo.

El interés del Estado *salus populi romani* primaba sobre el de los individuos; el orden y la pureza de la familia romana ocupaban el segundo lugar; por eso es que los delitos castigados con mayor severidad en la República romana eran la traición, la rebelión, la sedición, los fraudes electorales, el peculado etc. y después el parricidio y el adulterio.

La desigualdad ante la ley entre el ciudadano romano y los demás habitantes de la República subsistió en este período. El orgullo y la preponderancia militar de Roma hacían por otro lado muy natural esta injusticia.

Durante la tercera época ó sea el imperio, Roma llegó en la ciencia del derecho á una altura á que no alcanzó jamás ningún pueblo antiguo. La asimilación completa de la refinada cultura griega, el cultivo de la filosofía, de las bellas letras, el estudio de la jurisprudencia y la disposición natural del pueblo romano para la legislación, hicieron que el derecho romano de esta época fuese el sumum de la sabiduría antigua tanto que hasta hoy conserva el nombre de *La Razón escrita*.

Los escritos y sentencias de Ulpiano, Gayo, Papiniano, Paulo y Modestino; los Códigos de Teodosio y de Justiniano han sido las bases que las legislaciones modernas han tomado

y sancionado con admiración y respeto.

Debe tenerse presente sin embargo que estamos hablando de un Derecho Penal de pura teoría, porque la penalidad que se aplica no adelantó un ápice á pesar de la ciencia y de la gran cultura romana que en esta época había llegado á su apogeo. Los suplicios mas atroces aplicados sin motivos suficientes, sin forma y sin medida fueron tan comunes en la Roma de los Césares como en los pueblos que le precedieron en el orden de la civilización.

El absolutismo sin límites de los emperadores romanos, los mas horribles tiranos que recuerda la Historia, que se complacían en el incendio los espectáculos sangrientos del circo en cuya arena para satisfacción de los depravados instintos de aquellos monstruos quedaban tendidos hombres y fieras por millares; y la lucha entre el cristianismo y el paganismo que llenó de mártires el vasto imperio romano y que como toda lucha religiosa fué exaltada, cruel é inhumana dieron lugar á que las bellas conquistas y adelantadas instituciones del Derecho Romano fueran letra muerta en la práctica.

El cristianismo que con Constantino subió al trono de los Césares no pudo tampoco impedir tales excesos; el mundo romano priva'o de fuerza vital interna no tenía ya poder para aprovecharse de las enseñanzas del nuevo principio y el único beneficio que produjo la nueva religion en el orden jurídico fué la aceleración de la caída del imperio, el apresuramiento de aquella crisis de cuyo seno habían de surgir las nacionalidades modernas.

Con todo volvamos á repetir que teóricamente el derecho penal romano es la formación mas perfecta y mas completa con que nos brinda la antigüedad.

Los romanos fueron los primeros que sentaron una doctrina científica sobre la responsabilidad criminal, distinguiendo la acción delictuosa por el propósito que guiaba al agente, segun que éste obrase por dolo ó culpa ó caso fortuito. Si había dolo era completamente responsable el autor de la acción; si había solamente



te culpa ó imprudencia disminuía la responsabilidad criminal, aun cuando muchas veces fuese obligado á pagar una indemnización.

No era el caso fortuito (*casus*) la única causa de exención de responsabilidad que conocieron los romanos; admitían también como tal la defensa legítima, la infancia, la demencia y la inbecilidad.

Los códigos romanos contenían también disposiciones muy aceptables sobre la tentativa, la compartición y la complicidad muchos de cuyos preceptos están sancionados por los Códigos modernos.

Por fin distinguieron los delitos en públicos y privados distinción que hasta ahora subsiste en las leyes positivas como veremos mas adelante.

#### VI

En el cuarto al quinto siglo de nuestra era, los bárbaros que de tiempo atrás atisbaban la ocasión oportuna para apoderarse y repartirse el vasto y decadente Imperio Romano, lo invadieron simultáneamente por diferentes puntos. A su empuje desplomóse estrepitosamente el Imperio y aparecieron en la escena del mundo nuevas nacionalidades.

Tácito el sublime historiador del primer siglo de nuestra era nos ha legado de los pueblos que existían más allá de la frontera romana un retrato suficiente para formarnos una idea y distinguir las particularidades de los bárbaros en general.

Segun Tácito, «las tribus germánicas que invadieron el Imperio Romano constituían una asociación de hombres libres gobernada por un jefe elegido entre los mas ilustres, quien lejos de tener una autoridad absoluta no era mas que el primero entre los iguales. El rasgo más característico de esas asociaciones era el sentimiento de una dignidad personal exaltada en alto grado y una independencia semi salvaje. En los pueblos antiguos como hemos visto el estado absorbía al ciudadano; en los bosques de la Germania el hombre era todo el Estado nada.»

«En pueblos nómades y rudos como eran los bárbaros no había que buscarse el aparato de leyes escritas ni nada teórico ni científico. Pero allí como en todas partes la necesi-

dad de la penalidad hubo de hacerse sentir, el instinto la llenó, la tradición conservó sus decisiones en forma de costumbres que fueron elevadas á la categoría de ley y de derecho.»

Segun el derecho consuetudinario de los bárbaros la penalidad era más bien una relación de hombre á hombre. El ofendido y sus parientes *ven-gaban* la injuria y solo perdían este derecho cuando aceptaban la *composición* ó sea la sustitución de la venganza de sangre por una cantidad de bienes pagada al ofendido. Sin embargo, cuando se trataba de crímenes que podían inferir perjuicio á la nación entera, la sociedad germánica los perseguía de oficio en nombre del derecho colectivo: tales sucedían en los casos de traición, desertión, retirada delante del enemigo, etc.

Viviendo los germanos en continuas guerras apetecían como un bien supremo la *paz*, que asegura la vida y los bienes del ciudadano. La *paz* era pues para ellos la expresión del orden y del derecho y la penalidad tenía por objeto mantenerla sobre la tierra. El hombre que delinque perturba la paz y está obligado á repararla sufriendo la pena. Esta consistía ó en la venganza del ofendido, ó en el pago de la multa ó rescate de la venganza que percibía la víctima por vía de composición llamada *ver-gildo*, mas otra multa llama *fredo* que cobraba el Estado como garante del *mantenimiento* de la paz restablecida.

Ocupándose los bárbaros única y exclusivamente de la guerra, era natural que para ellos la primera entre las cualidades del hombre fuese el valor. Por eso la cobardía era considerada como una inmoralidad, un delito castigado severísimamente: los cobardes eran arrojados á un pantano donde se les dejaba morir cubierto de cañizo ó mimbrres. Hacíase lo mismo con los hombres que degradaban su virilidad entregándose á los vicios contra la naturaleza.

«Con la invasión de los bárbaros se produjo en el mundo un caos espantoso. Todas las ideas de organización se encontraron transformadas; todos los hábitos, instituciones é instintos cayeron en una indescifrable confu-

sión, producida de una parte por el vértigo en que corrían y de otra por las costumbres y doctrinas que se cruzaban al impulso de una fuerza desconocida. En todo el tiempo que duró la irrupción sin calmarse ni asentarse no hay que buscar entre los bárbaros justicia penal; la violencia es el carácter que los distingue tanto con los vencidos como entre sí; y si alguna vez sus gefes quisieron castigar ó poner coto á esas violencias no con el derecho, sino con otras violencias iguales tuvieron que reprimirles y cortarlas. Es aquella una situación de fuerza en que solo la fuerza y no el derecho se efrece á las órdenes del instinto. En el poder material están cifrados los tribunales en el puñal ó la espada está compendia da la ley».

Aquel estado de lucha continua, que no permitía á esos pueblos dedicarse al trabajo productivo, dió por resultado que se tuviese en tanto desprecio la vida humana y en tanta consideración los bienes materiales. En las leyes más adelantadas de la Edad Media se nota que mientras un homicidio se castigaba con una multa insignificante, y las lesiones graves con indemnizaciones que se reducían á unos cuantos maravedies, un hurto simple de frutas ó animales domésticos era castigado con la muerte dada en formas más ó menos atroces ó degradantes.

Quando despues de tantas guerras y desórdenes despojóse un tanto el horizonte, notóse que los bárbaros, toscos y rudos como eran, habían aportado sin embargo al concepto del derecho un elemento de inapreciable valor desconocido hasta entonces: el *individualismo*. Acostumbrados á la vida nómada y errante de la naturaleza, dado á los ejercicios corporales reconocieron en su propia energía su poder y la extensión de su derecho.

Pasado aquel cataclismo, aquella crisis de los primeros momentos y encontrándose ya sentados en sus fundamentos los nuevos pueblos destinados á reemplazar al caduco imperio romano, era de esperarse una revolución en el orden jurídico, aprovechando del nuevo principio aportado, las costumbres más puras de

los bárbaros y los adelantos de la religión cristiana que se había enseñoreado de toda la Europa. Esta revolución no se operó sin embargo debida á causas muy conocidas.

En primer lugar el *feudalismo* estacionó y contruyó esa revolución con su organización violenta y rutinaria, que transformó la esclavitud antigua en un vasallaje ó servidumbre del terruño, sin mas ley que el capricho del señor feudal. El Derecho Penal no ha podido prosperar jamás, donde no se dignificase la personalidad humana.

En segundo lugar porque se oscureció la idea de que el derecho era un patrimonio de todos; perdiéronse totalmente los principios representativos y parlamentarios cuyo monopolio lo ejercieron los nobles con exclusión del pueblo soberano.

En tercer lugar porque el clero olvidando su alta misión política de realizar la fusión de las clases, borrar las diferencias y privilegios contrarios á la naturaleza humana y practicar las regeneradoras doctrinas del Evangelio, encontrándose muy bien con los fueros y ventajas que gozaba al igual de la nobleza, en lugar de propagar la caridad y la fraternidad cristianas, se alió con los reyes para tiranizar y esquilmar á los pueblos dando muestras de una intolerancia, una inhumanidad y un rigor tan excesivo que su despotismo sobrepasó en mucho al del poder temporal.

Si es cierto, como se ha dicho, que el Derecho Penal es el espejo donde mas claramente se reflejan las condiciones de la vida social y de la cultura de los pueblos, el Derecho Penal de la Edad Media representa la imagen más exacta de la anarquía de la sociedad humana. Las ordalias, el duelo judicial, las composiciones, esto es el triunfo de los individuos sobre el derecho, fueron los principios de justicia penal en esa época de barbarie.

El único monumento de legislación digno de ese nombre que se menciona de la Edad Media es el *Fuero Juzgo*, compilación ordenada de leyes godas y romanas debido á Egica, uno de los últimos reyes godos.

A diferencia de los Códigos roma-

nos el Fuero juzgo se ocupa con bastante extensión del Derecho Penal. Cuatro libros enteros, de los doce que contiene, le están completamente destinados y aún se encuentran en los restantes muchas disposiciones referentes á la ley penal. Con todas sus faltas y sus errores dice Pacheco la humanidad mucho ganó con él y para hallar algo que pueda comparársele, es necesario atravesar seis siglos hasta llegar al gran Código de las Partidas.

En resumen podemos dejar sentado que en el periodo de la Edad Media muy poco, casi nada adelantó el Derecho Penal. Fué aquella una época de violencias y de exesos que no hubo mas ley que el capricho del vencedor ó del señor feudal y en que todo fué incierto, todo fué arbitrario y por consiguiente injusto.

## VII

Al salir del periodo de la Historia caótica y oscuro llamado Edad Media, entramos en otro completamente de formación y reconstrucción.

En este periodo llamado de los Tiempos Modernos, se afianzó la reyea, centralizáronse los poderes públicos, desapareció el feudalismo y las naciones tomaron un aspecto político y social determinado que ya no habían de cambiar en adelante.

Para el afianzamiento del poder real en las naciones europeas contribuyó en primer lugar la invención de la pólvora y por consiguiente de las armas de fuego. Con el uso de estas los inaccesibles castillos y torreones de la Edad Media desde donde los señores feudales oprimían y vejaban á los pueblos impunemente y desafiaban el poder de una nación entera, quedaron relegados á un papel puramente histórico, como recuerdos vivos de una época de bandolerismo y de barbarie.

En segundo lugar los grandes descubrimientos marítimos, al mismo tiempo que ponían en manos de los reyes recursos muy superiores á los que podía conseguir un particular, era una válvula por donde escapaba el espíritu de disolución y de aventura hacia las vírgenes regiones de los nuevos continentes recién descubiertos; lo que permitía á los gefes de Estado trabajar sin cuidado en el

afianzamiento del poder absoluto.

Contribuían en tercer lugar al mismo fin la fundación de Universidades célebres como las de París, Bolonia etc donde se cultivaba el Derecho. Ahora bien, como no podía estudiarse en las facultades más que el derecho escrito, el Derecho Romano, constituyó casi exclusivamente a materia de estudio de los nuevos doctores, que bajo el nombre de *legistas* ó *intérpretes* tuvieron una gran importancia más adelante. Esta infiltración del Derecho Romano, modificó profundamente los principios jurídicos traídos de la Edad Media, porque habiendo sido el imperio romano un poder absorbente y centralista por excelencia, al aplicarse á los reyes las disposiciones relativas á los emperadores romanos, fortalecióse exageradamente el poder real y quebrantóse el feudalismo desconocido en Roma. Por este camino llegóse poco á poco á sancionar: se este principio en toda la Europa *lo que el príncipe ordena es ley*.

Como una reacción contra el individualismo de la Edad Media, en los tiempos modernos el absolutismo de los reyes fué llevado á extremos inconvenientes; motivo principal para que se malograsen para el desenvolvimiento del Derecho Penal, los grandes acontecimientos que tuvieron lugar en este periodo de la Historia. Desconocida y despreciada la personalidad individual, declarado todo lícito en nombre de la razón de Estado, ámbos extremos importaban la negación misma de la ciencia penal.

El *renacimiento* de las ciencias y de las artes, que tanta influencia tuvieron en el progreso intelectual moderno, no ejerció influjo benéfico alguno sobre el Derecho Penal. Nadie se ocupó de su estudio; por eso vemos en tiempos en que vivían filósofos como Bacon, Descartes, Hobbes, Locke, Newton, Puffendorf, Grocio, Leibnitz, Espinosa y Malebranche castigarse muy severamente acciones ridículas (la adivinación) y acciones inocentes (el origen hebreo ó israelita); así como en el mismo tiempo que brillaron en las ciencias morales y políticas sábios como D'Alembert, Diderot, Condillac, Montesquieu, Voltaire y Rousseau vemos en toda

la Europa aplicarse leyes penales in ciertas contradictorias, desiguales, atroces, sin freno y sin medida y de una ferocidad que no cedía á la de las draconianas.

Llevados por el espíritu del libre exámen los legistas emprendieron la tarea de interpretar tanto el derecho canónico como el romano y el germánico. Pero lejos de estudiar los problemas de Derecho Penal, se limitaron al papel de intérpretes sin salir de una casuística mezquina plagada de sutilezas y oscuridades. Muchos de ellos aprovechando de la poderosa influencia que ejercían en la Administración de Justicia, se convirtieron en tiranos abominables como Benito Carpzovio en Alemania que se jactaba de haber pronunciado veinte mil condenas capitales como paladínamente lo confiesa en una obra suya.

La reforma iniciada por Lutero sirvió fatalmente para el principio de una persecución religiosa que sembró de horrores esta época de la Historia. La inquisición con sus famosos tribunales secretos llevó á la hoguera y al suplicio cientos de miles de inocentes sin más motivo que la de ser sospechados de heregía. Los autos de fé se multiplicaron y algunos países por ejemplo la España, no eran otra cosa de un extremo á otro que una inmensa hoguera en donde eran quemados á diario millares de personas. Los Tribunales de la Inquisición han dado la nota mas alta en materia de horrores y han dejado manchada para siempre la sublime religión de Jesucristo.

Llegamos por fin al siglo XVIII en que debía nacer el orden de cosas actual y en el que debía darse al mundo de las ideas é instituciones jurídicas un vuelco completo.

El Derecho Penal en la 1ª mitad del siglo XVIII era el siguiente:

1º Concepto de la pena: la *expiação*.

2º *Responsabilidad Criminal*: no solo del autor directo sino tambien de la familia; confiscación de bienes.

3º Desigualdad de las personas ante la Ley; tres castas: *clero nobleza y estado llano*.

4º División de las penas en *ordinarias y extraordinarias*. Llamábanse

*ordinarias* las que existían en el derecho, establecidos en los textos de la Ley ó en las obras de los legistas de un modo fijo y concreto; y *extraordinarias* las que eran inventadas y aplicadas por el arbitrio judicial según los casos.

5º División de los delitos, en delitos de *lesa magestad divina y lesa magestad humana, crímenes atroces y crímenes comunes*. Figuraban entre los primeros, la heregía, el ateísmo, el sacrilegio, la blasfemia, magia y hechicería sortilegio y adivinación castigados todos con la muerte por medio del suplicio. Figuraban entre los segundos los atentados contra la vida del monarca ó de los príncipes de la sangre real, las conspiraciones contra el Estado, la desertión y rebelión el peculado y la concusión; estos delitos eran tambien castigados con el último suplicio y se admitían contra los culpables, la denuncia de toda clase de personas aún de las tenidas por infames y además todo género de pruebas. Figuraban en el tercer grupo el parricidio, el infanticidio, el asesinato incendio y envenenamiento castigados todos con la pena capital por medio de la decapitación para los nobles y la horca para los villanos. Por último venían los delitos comunes y eran el homicidio simple ó premeditado, los hurtos, la insolencia culpable, la mendicidad y la vagancia, las injurias etc. castigados con penas aflictivas que eran: los *azotes, la mutilación, la marca, las galeras, las prisiones, la picota, la argolla y otras*.

6º Como *medios probatorios*: el tormento y cualquiera clase de indicios.

En este estado de cosas apareció en el año de 1764 el famoso libro del marqués de Beccaria intitulado el *Delito y la Pena* tan contradictoriamente juzgado. «Los más fundamentales problemas se encontraron para esa época agotados al impulso de encontradas y vigorosas corrientes; se habian dado cita ante el tribunal de la Razón y de la Crítica las doctrinas añejas y las instituciones históricas cuya renovación radical prepararan los filósofos en el mundo de las ideas; la indignación y la protesta contra el absurdo sistema penal que imperaba eran generales cuando surgió la voz

te culpa ó imprudencia disminuía la responsabilidad criminal, aun cuando muchas veces fuese obligado á pagar una indemnización.

No era el caso fortuito (*casus*) la única causa de exención de responsabilidad que conocieron los romanos; admitían también como tal la defensa legítima, la infancia, la demencia y la inbecilidad.

Los códigos romanos contenían también disposiciones muy aceptables sobre la tentativa, la compartición y la complicidad muchos de cuyos preceptos están sancionados por los Códigos modernos.

Por fin distinguieron los delitos en públicos y privados distinción que hasta ahora subsiste en las leyes positivas como veremos mas adelante.

#### VI

En el cuarto al quinto siglo de nuestra era, los bárbaros que detienen atrás atisbaban la ocasión oportuna para apoderarse y repartirse el vasto y decadente Imperio Romano, lo invadieron simultáneamente por diferentes puntos. A su empuje desplomóse estrepitosamente el Imperio y aparecieron en la escena del mundo nuevas nacionalidades.

Tácito el sublime historiador del primer siglo de nuestra era nos ha legado de los pueblos que existían más allá de la frontera romana un retrato suficiente para formarnos una idea y distinguir las particularidades de los bárbaros en general.

Segun Tácito, «las tribus germánicas que invadieron el Imperio Romano constituían una asociación de hombres libres gobernada por un jefe elegido entre los mas ilustres, quien lejos de tener una autoridad absoluta no era mas que el primero entre los iguales. El rasgo más característico de esas asociaciones era el sentimiento de una dignidad personal exaltada en alto grado y una independencia semi salvaje. En los pueblos antiguos como hemos visto el estado absorbía al ciudadano; en los bosques de la Germania el hombre era todo el Estado nada.»

«En pueblos nómades y rudos como eran los bárbaros no había que buscarse el aparato de leyes escritas ni nada teórico ni científico. Pero allí como en todas partes la necesi-

dad de la penalidad hubo de hacerse sentir, el instinto la llenó, la tradición conservó sus decisiones en forma de costumbres que fueron elevadas á la categoría de ley y de derecho.»

Segun el derecho consuetudinario de los bárbaros la penalidad era más bien una relación de hombre á hombre. El ofendido y sus parientes *ven-gaban* la injuria y solo perdían este derecho cuando aceptaban la *composición* ó sea la sustitución de la venganza de sangre por una cantidad de bienes pagada al ofendido. Sin embargo, cuando se trataba de criminales que podían inferir perjuicio á la nación entera, la sociedad germánica los perseguía de oficio en nombre del derecho colectivo; tales sucedían en los casos de traición, desertión, retirada delante del enemigo, etc.

Viviendo los germanos en continuas guerras apetecían como un bien supremo la *paz*, que asegura la vida y los bienes del ciudadano. La *paz* era pues para ellos la expresión del orden y del derecho y la penalidad tenía por objeto mantenerla sobre la tierra. El hombre que delinque perturba la paz y está obligado á repararla sufriendo la pena. Esta consistía ó en la venganza del ofendido, ó en el pago de la multa ó rescate de la venganza que percibía la víctima por vía de composición llamada *ver-geldo*, mas otra multa llama *fredo* que cobraba el Estado como garante del *mantenimiento* de la paz restablecida.

Ocupándose los bárbaros única y exclusivamente de la guerra, era natural que para ellos la primera entre las cualidades del hombre fuese el valor. Por eso la cobardía era considerada como una inmundicia, un delito castigado severísimamente; los cobardes eran arrojados á un pantano donde se les dejaba morir cubierto de cañizo ó mimbres. Hacíase lo mismo con los hombres que degradaban su virilidad entregándose á los vicios contra la naturaleza.

«Con la invasión de los bárbaros se produjo en el mundo un caos espantoso. Todas las ideas de organización se encontraron transformadas; todos los hábitos, instituciones é instintos cayeron en una indescifrable confu-

## I

El sistema de la *delegación divina*, fué el primero que apareció en las sociedades antiguas. En virtud de esta doctrina la facultad, de castigar pertenece al jefe del Estado por delegación, que de ese poder, le hizo la Divinidad. Aquel obra entonces en nombre de la Divinidad ofendida y como un brazo de la misma.

«No hay potestad dñe sino viene de Dios; la autoridad elemento indispensable del orden social, es de derecho divino. El poder es de derecho divino y el príncipe es el ministro de Dios en la tierra para el bien. Los gobernantes no tienen facultad para imponer una pena sino en su calidad de delegados de Dios. Ellos son los encargados de ejercer la justicia de Dios sobre la tierra, castigando á los que obran mal. La ley humana no tiene fuerza sino cuando es la aplicación de la ley divina».

Tales son las principales doctrinas de esta teoría, sostenida en los tiempos modernos por los filósofos católicos, De Maistre, Donoso, Bonald, Bossuet etc.

Criticando esta doctrina, se ha dicho que la Historia no menciona semejante delegación y que sobre todo, no es conveniente mezclar á la Divinidad en estas cosas porque á cada momento se le haría responsable de los desaciertos humanos.

El sistema de la delegación divina entraña además el peligro de la asimilación del *delito* con el *pecado* y por ende el restablecimiento de las crueldades y suplicios á que condujeron en otrora la intolerancia y el fanatismo religiosos felizmente destruidos por la civilización y la libertad, el resurgimiento del despotismo teocrático que sometió hasta el siglo pasado la vida privada y el pensamiento de los ciudadanos á una inquisición intolerable.

Es de notarse que aun cuando fuese aceptada la delegación divina esta doctrina no resolvería el problema que investigamos, no haría sino sustituirlo por otro problema. En efecto con esta solución siempre cabría preguntar: ¿cuál es el fundamento legítimo de esta facultad en manos de

Dios y á qué reglas debe obedecer la imposición del castigo por sus delegados en la tierra?

Por lo tanto, aun cuando fuese verdadero el principio que sostiene esta doctrina, ella no sería suficiente para fundar la penalidad sin apoyarse en otros principios, en cuyo caso serían estos y no la *delegación divina*, los que explicarían y legitimarían el castigo.

## II

La doctrina del *mando* es también muy antigua. Sostiene que el derecho de castigar no es sino un derivado del derecho de mandar.

El derecho de mandar dice Bertauld implica el derecho de hacer respetar el mando ó sancionarlo. La sanción del mando es la pena. El derecho de mandar implica el derecho de castigar al que ha violado el mandato. He aquí el verdadero fundamento de la penalidad, la base de su legitimidad.

Siguiendo el desarrollo de esta doctrina dice Bertauld: el poder declara la ley y la hace ejecutar. La ley no sería una ley sino un simple consejo ó ruego; el jefe del Estado no sería tal, sino un simple particular, si sus mandatos pudiesen ser violados impunemente. Es esencia de todo poder el tener medios coercitivos; la penalidad es esta sanción.

Vidal al criticar este sistema dice: el principio de que el que tiene derecho de mandar tiene el derecho de castigar por la única razón del mando, implica la negación de la libertad, la entronización de lo arbitrario, el despotismo y los excesos de la penalidad. La gravedad de las penas no estará basada en la justicia ni en las necesidades bien entendidas de la sociedad, sino en las preferencias particulares de los gobiernos; la *política* reemplazará en la legislación á la justicia y por todas partes se ofrecerá el espectáculo de una inquisición política no menos intolerante que la inquisición religiosa.

Agrega Carrara que este sistema desconoce el dogma de la igualdad, suprime todo respeto por la conciencia universal, permite á los del poder convertir la justicia en vil instrumento de opresión y pisotear todos los derechos con el pretexto de



la protección de los gobernados; con sagra en una palabra la *estatalotría* que favorece la tiranía y todo lo sacrifica al principio de autoridad.

Una modalidad de esta doctrina, es aquella que ha querido considerar el delito como una *ofensa al carácter augusto de las personas que ejercen autoridad*, por la que ésta tiene el derecho de imponer la pena correspondiente al ofensor.

Pero esta doctrina es absurda desde que no hay forma legítima del Estado, que no reconozca como base necesaria de su existencia la soberanía del pueblo y la representación de éste en el ejercicio del Gobierno.

De aquí resulta que nunca puede haber el derecho de infligir males á los ciudadanos soberanos representados por el Gobierno, en nombre de supuestas preeminencias personales que los miembros de este gobierno se atribuyan, porque desde el momento que ellas se invocaran, se colocaría el Gobierno fuera de las condiciones de legitimidad en que debe existir. El Gobierno castiga, no en nombre de una magestad propia de las personas que lo ejercen, sino en nombre de la magestad de los derechos que está encargado de asegurar.

### III

La *expiación* no es otra cosa que la venganza elevada y purificada, la retribución del mal por el mal.

Según esta doctrina, el hombre tiene una ley que le manda obrar bien; debe sujetarse á ella. Si la viola, falta á sus deberes, delinque y contrae una deuda que la sociedad tiene el derecho de exigirle en nombre de la justicia. El Estado que representa el derecho y la moral, exige la deuda y restablece el equilibrio infligiendo un mal como pena, como sanción efectiva del delito cometido.

Esta doctrina es errónea, porque el Estado no es representante del orden moral y la justicia, ni puede castigar mas actos que los que notoriamente perjudiquen á su desenvolvimiento. Su papel no es hacer más virtuosos al hombre, sino mantener el orden jurídico y social.

Desde el momento que la *expiación* fuera el fundamento del Derecho Penal, el estado estaría facultado para llevar su acción á donde

quiera que hubiese violación de un deber. En este caso, todos los deberes individuales, los deberes para con Dios, los que en nada afectan los derechos de los *dames* asociados, pero que alteran el orden moral, serían objeto de un castigo y para aplicarlo al Estado, tendría que llevar su acción hasta el santuario de la conciencia del individuo, convirtiéndolo en un verdadero esclavo, sometido á la inquisición de sus intenciones y el tormento por todos sus actos.

Sería además imposible esta acción del Estado, porque hasta lo íntimo de la conciencia no hay poder ni fuerza capaz de penetrar para conocerla con certeza.

Considerada esta escuela bajo en paz práctica, presenta también dificultades; bien pronto se apercibe uno que es imposible retribuir con igualdad el daño que ha hecho un criminal con el sufrimiento que se le impone, así por ejemplo: un individuo hiera en tal parte del cuerpo á otro; según el talión, que es la expresión mas acabada de esta escuela, la pena que debería imponérsele, sería inferirle una herida igual á la ejecutada por él, pero es preciso considerar que aunque se haga la misma herida en la misma parte del cuerpo del criminal, puede no causarle el mismo sufrimiento que á la víctima por tratarse de dos entidades diferentes, de distintas constitución física, edad, sexo, sensibilidad, etc. Luego, aunque se aplique la expresión proverbial de la ley del talión *ojo por ojo, diente por diente*, puede no haber verdadera igualdad.

Esta dificultad dió lugar para que se abandonara el talión puramente material y se buscara un talión moral que pudiera proporcionar mejor el mal sufrido que el delincuente con el mal que habia causado. Pero ¿con qué objeto? pregunta Fouillé; para dar satisfacción al principio del orden, se contesta; pero precisamente habría mas orden, dice el autor citado, en lo opuesto; porque si se añade un mal á otro mal, sería acercarse nuevamente al talión puramente material; de manera que no se comprende, cómo por este siste-



ma puede haber orden en la sociedad y se ha de llegar á un resultado práctico.

La doctrina del *contrato social* se ha querido hacer valer no solamente para explicar el fundamento del derecho Penal, sino también el origen de la sociedad y del Gobierno. La paternidad de esta doctrina es atribuida generalmente, á Juan Jacobo Rousseau, pero ya Epicuro en la antigüedad y Grocio, Hobbes y Locke entre los modernos, hablaron del pacto como origen de la sociedad política; fué con todo Rousseau quien la propagó y prestigió en mas alto grado.

Rousseau concibió y logró acreditar en el siglo pasado un estado primitivo en la naturaleza, en el cual el hombre viviendo en el estado de aislamiento, disfrutaba de una independencia completa; estado al cual sucedió la formación puramente humana de la sociedad, por medio de un contrato social voluntario y libremente consentido con las restricciones necesarias á la independencia de cada uno. Conociendo el hombre por la experiencia ó el instinto, los peligros que en el estado natural le rodeaban, sujeto á la acción de la violencia y sin garantía real y efectiva de sus derechos, no halló otro medio para evitar aquellos peligros y adquirir estas garantías que el renunciar á su independencia y asociarse con otros hombres abdicando una parte de su libertad y sus derechos.

El hombre pues, según este sistema, ha depositado en el cuerpo social la facultad de gobernarle y la de imponerle pena. «Yo consiento, ha dicho, en vivir en la asociación y en ser castigado si falto á sus ordenaciones. Yo consiento en que se me prive de mi libertad y se me causen otros males, siempre que el poder social los juzgue necesarios. En cambio de los beneficios que espero, yo contribuyo á crear ese poder yo pongo en común cuanto es indispensable de mis derechos propios á fin de darle vida y consistencia. El derecho que tengo sobre mí mismo yo lo cedo y lo tras paso á la sociedad.»

Este sistema, que debido al talento de Rousseau tuvo una importancia

extraordinaria en Europa en el siglo pasado, es actualmente insostenible y no se necesitan grandes esfuerzos para demostrar su falsedad.

En primer lugar, por que en ninguna época ni en ninguna parte encontramos al hombre viviendo en el aislamiento; y si se citan en las novelas algunos casos sean ellos voluntarios ó forzosos, han sido siempre inseparables de la miseria. Desde el primer momento encontramos al hombre en la *familia*, pequeña *sociedad* reducida á su mas simple expresión.

La sociedad no es pues un estado convencional del género humano, sino el estado natural, forzoso é ineludible del hombre sin el cual perecería irremisiblemente agobiado por las fuerzas contrarias que lo rodean y no sería susceptible de ningún progreso.

En segundo lugar, porque la historia que ha visto formarse los Estados por desmembraciones de otros, por emigraciones sucesivas y fusiones de raza no ha visto formarse ninguno por contrato. ¿Cómo justificar pues la existencia de tal contrato? ¿Dónde, en qué época y en qué idioma se formó? ¿Quiénes tomaron parte en él? ¿Cuáles son sus bases principales y cómo ha llegado su conocimiento hasta nosotros?

En tercer lugar, porque aun suponiendo que haya existido tal pacto, sus cláusulas no podrían obligar en justicia á las generaciones posteriores para quienes sería *res inter alios acta*.

En cuarto lugar, porque es un contrasentido suponer que un ser libre se imponga leyes á sí mismo que le obligue, pues si tiene la facultad de hacerse esa imposición, tendrá también la de destruirla y nadie podrá ser impedido de violar la legislación, cuya existencia ó trasgresión dependiese exclusivamente de la voluntad del agente libre en sus determinaciones.

En quinto lugar porque es muy discutido bajo el punto de vista de la moral y la Filosofía que el hombre pueda conceder á la sociedad ciertos derechos sobre su existencia y su libertad, que á él mismo se la niega.

Y por último, porque aún dándose



por sentadas la existencia y legitimidad del *pacto social*, siempre sería insuficiente para fundar la penalidad sin ayudarse ó basarse sobre otros principios. En efecto una vez que el poder público esté revestido de la facultad de castigar y de la fuerza para efectuar el castigo, por la cesión y voluntad de los particulares. ¿Cuándo y en qué ocasión ha de usarse ese derecho ¿qué norma seguirá para la aplicación de las penas? Si se guía por la utilidad, la justicia, la necesidad ó la defensa pública, el *pacto* como fundamento de la facultad de penar, queda ya supeditado á esos principios; y si usa de la facultad que tiene sin mas norma que su capricho, nadie podría sostenerlo ante el mas torpe sentido común.

#### V

Algunos autores sostienen que el derecho de castigar no tiene otro fundamento que el derecho natural de *legítima defensa*.—Así como un individuo—dicen—tiene el derecho y el deber de velar por su existencia repeliendo la fuerza con la fuerza, y puede ir por este camino hasta suprimir la vida del injusto agresor, así también la sociedad que no es sino el conjunto de los derechos individuales tiene, en virtud del derecho de legítima defensa, la facultad de castigar á los infractores de las leyes sociales.

Hay cierta apariencia de verdad en esta doctrina.—Desde luego tenemos que la sociedad tiene y ejercita el derecho de legítima defensa en ciertos casos.—Tenemos también que la ley penal coincide en algunos de sus resultados con la defensa, puesto que aquella es protección como esta, salvación como esta y prevención como esta.—Pero si profundizamos algo, encontramos que ambos si bien tienen una semejanza aparente también tienen en su naturaleza diferencias esenciales que los distinguen.

Como diferencia de fondo tenemos que la defensa es la inmediata reacción del derecho que tenemos á nuestra existencia y bienestar. Es el derecho de conservación practicado de una manera completamente instintiva, sin más freno que la necesidad ó el espanto, sin más límite que el

criterio del que se defiende; reacción que puede ir dirigida contra culpables é inocentes, seres morales ó sin moralidad, objetos animados ó inanimados. La justicia penal por el contrario es un acto sereno y deliberado pronunciado por un juez según su ciencia y conciencia, después de haber examinado pacientemente la prueba de su inculpación.

No hay duda alguna que es muy distinto para cada hombre defenderse y hacer justicia.

En su forma de acción la defensa se distingue también fundamentalmente del derecho de castigar.

La defensa se ejerce contra un ataque presente, inmediato manifestado por un principio de ejecución, con el objeto de evitar que se consuma el intento del agresor; el castigo social se impone al ejecutor de un hecho consumado, después de un trascurso mas ó menos largo y con el objeto de impedir la repetición de hechos semejantes.

El derecho de defensa se ejerce contra un agresor armado que trae un ataque actual; mientras la pena se impone al delincuente desarmado y sometido á la acción de la justicia, que no pudo llegar á tiempo para evitar la consumación del delito.

La imagen de la legítima defensa individual aplicada al cuerpo social, estaría mejor reproducida dice Rossi por la guerra que por la justicia penal. El derecho de legítima defensa lejos de confundirse con la facultad de castigar, coexiste muy amenudado con ella. Así sucede en la tentativa de los delitos frustrados por la defensa propia del agredido—«Por vigorosa que haya sido la reacción de la defensa no destruye los derechos de la justicia; terminada la acción de la defensa empieza la acción de la justicia».

Por otra parte si la acción de castigar los crímenes, no fuese otra cosa que el cumplimiento de un derecho de defensa, verificada esta ya no habría lugar en moral y en justicia para la imposición del castigo—Esto es evidente, por qué la defensa estaba ya realizada y «la inteligencia humana no concibe una defensa posterior á la defensa».

Es forzoso convenir por otra parte,

que en nombre de la defensa no se podría infligir ningún castigo á los criminales—¿En efecto qué se defenderá con la pena?

El poder social castiga el daño causado, y contra este ya no hay remedio posible, porque lo ya sucedido no admite prevención.—No puede ser tampoco defensa contra el mal futuro, porque la defensa supone repulsa, y no se puede repeler lo que no existe, lo que no se sabe si ha de existir.

Concluiremos pues sentando, que la defensa legítima que se atribuye la sociedad al igual de un individuo particular, no es suficiente para fundar el derecho de castigar. Que si bien la sociedad se defiende al oponer, un dique á la acción del crimen, esa defensa es indirecta y no debe confundirse con la defensa individual directa é inmediata.

## VI

El sistema del interés se divide en dos: el sistema del *interés individual* y el sistema del *interés público*.

Según el primer sistema la base del derecho y la moral y por consiguiente de la ley penal es el *interés personal* de cada uno; según el segundo sistema no es el interés personal el fundamento de la justicia social, sino el interés general, el interés común ó por lo menos el del mayor número, *máxima felicitas*.

La doctrina del interés individual que entre los antiguos se atribuyó á Epicuro, y que Helvecio y otros moralistas, pusieron un instante en boga en el siglo pasado, puede resumirse en lo siguiente: «Virtud, justicia, deber etc. son nombres vanos, son preocupaciones sin fundamento, ilusiones de la educación, que la experiencia desmiente y los hechos falsifican—No hay en la naturaleza humana otra base de obrar real y verdadera que el cálculo individual de ventajas é inconvenientes: es una regla constante que el hombre en todos sus actos busca la mayor suma de placeres y la menor suma de dolores» En consecuencia si los hombres castigan á los delincuentes, es porque estos son un obstáculo para el placer, desde que sin la seguridad de los derechos no puede haber dicha ni tranquilidad posible.

Este sistema es falso tanto por lo que niega como por lo que afirma.

En efecto la Historia, nuestra conciencia y la del género humano, nos revela la existencia de la virtud, del deber y la justicia—En todas las épocas y en todas partes se ha hablado y se habla con entusiasmo, del heroísmo, la abnegación, el desprendimiento, actos que consisten precisamente en el sacrificio del interés personal en beneficio de otro. Y cuando mas se alejan del móvil de la utilidad, cuando mas terribles son los sacrificios á que se somete uno voluntariamente en pró de sus semejantes sin esperanza de lucro, tanto mas seduce al corazón humano, tanto mas se eleva y engrandece á los ojos de la humanidad—Sentimientos tan constantes, universales y poderosos no pueden ser resultado únicamente de la educación, que es artificial, limitada y efímera; ellos tienen sus raíces en lo mas profundo del ser humano y vivirán lo que el hombre.

Por otro lado, tenemos que el interés personal como único fundamento del derecho y por consiguiente de la facultad social de imponer penas al delincuente, nos conduciría á un absurdo moral y jurídico, que haría imposible la aplicación de ningún castigo á los que delinquen persiguiendo un lucro individual.

En efecto ¿cómo concebiríamos que mereciese pena, una persona si con el delito se proporciona ventajas? Desde que el criterio á que debe amoldar sus actos fuese el del interés personal debe dejarse á cada uno ser juez de su interés propio.—Tenemos pues que si se pudiera castigar al delincuente por tal sistema sería por haber procedido con poca habilidad ó inteligencia en el cálculo de la *mayor suma placer* y la *menor suma de dolor*.—Pero entonces en su mismo acto estaría el castigo, puesto que se habría privado de la mayor suma de placer por un error ó mala dirección de sus facultades. ¿Qué castigo podría infligírsele entonces? Ninguno, y lo que sería lógico y razonable hacer con él sería precisamente lo contrario de una pena; esto es proporcionar al delincuente las ventajas de que se ha privado por su ineptitud

para que apreciándolas, no las desperdicie en otra oportunidad.

Pasemos el sistema del *interés general*.

Por más que el interés público no es igual al interés individual y con harta frecuencia son contradictorios, es lo cierto sin embargo que el bien y la conveniencia de todos ó del mayor número, no es otra cosa que la suma del bien de muchos individuos particulares—Así pues el interés general, no es sino la reunión de especiales intereses que concuerdan, en un mismo punto que por acaso ó por necesidad, se encuentran en las mismas líneas, en la propia dirección.

Sentado lo que acabamos de exponer sobre el concepto del interés general, se pregunta: si el interés de una persona no produce derecho ¿lo produciría por ventura su agregación con otros intereses de la misma naturaleza? La suma de mil incapacidades ¿dará por resultado una capacidad? No, dice Pacheco porque la suma de muchos ceros siempre es cero, y no puede nacer un derecho por la utilidad, de un hombre, más otro hombre, más otro hombre.... más la de un millón de hombres, cuando no naciese por la particular de cada uno de ellos.

El sistema del interés del mayor número nos conduciría por otro lado á consecuencias, extremas é inadmisibles. Así dice Rossi, si estuviese probado, que 16,000.000 de franceses, que se acomodaban muy bien á un estado social dado no podían conservarse sino degollando á los catorce millones restantes, tendrían el derecho de hacerlo en virtud de este sistema; y de los diez y seis que quedan nueve podrían degollar á siete: cuatro tendrían luego el derecho de dar muerte á tres, y así sucesivamente hasta que quedando solo dos individuos, uno de ellos concluyese con el otro con todo derecho, si por acaso el mas fuerte de los dos era aficionado á la soledad.

Concluiremos el examen de este sistema repitiendo el siguiente resumen de su distinguido escritor español, citado por Pacheco.

Si al proclamar el principio de la conveniencia pública, del mayor bien general ó del mayor bien del mayor

número se quiera decir unicamente que los poderes sociales deben tomar por guía de su conducta, el interés común ó el de la mayoría, sería una máxima que no tiene réplica, siempre que se entendiera por este, antes que todo el orden y la justicia y en segundo lugar los bienes y los goces físicos; si se dijere aun, que el poder no debe prestar fuerza al derecho, ni añadir la sanción legal á las sanciones naturales, sino cuando su intervención puede ser útil al orden público y que en su consecuencia no basta que un precepto sea justo, sino que se deben considerar todos sus inconvenientes primero que dictarlo, se dice del mismo modo otra verdad inconcusa.

Pero si por la utilidad general, se entiende la utilidad material, la suma de goces y placeres.

Si á esta utilidad se la pasa desde la clase de *movil* ó motivo á la de principio único generador de todo derecho.

Si se dice que una mayoría, que una nación, que todo el género humano, puede legítimamente procurarse esa utilidad por cualquier medio que sea.

Que pueden sacrificarse á este fin los derechos individuales y de la minoría sin que la justicia, esa ley de nuestro instinto y nuestra razón, lo consienta y apruebe:

En semejantes casos el sistema de la utilidad ó del número, es un sistema sensualista y ateo que conculca la inteligencia y la conciencia para entronizar la voluntad; que mutila y deprime al hombre; que disuelve las sociedades, que nos despoja de nuestra moralidad, de nuestra libertad de todos nuestros mas esenciales atributos.

## VII

La doctrina dominante en este siglo, que ha inspirado á la mayor parte de las legislaciones actuales, que cuenta entre sus adeptos á la inmensa mayoría de los grandes juriconsultos de la escuela espiritualista, la doctrina clásica sobre el fundamento del derecho de castigar es la doctrina llamada *eclectica*.

Para esta escuela el derecho de castigar deriva de la justicia moral, limitada por la utilidad social—Sus

principios fundamentales son 1º El poder social no tiene el derecho de castigar toda violación de la ley moral—2º No puede castigar mas que los actos contrarios á la ley moral—3º No tiene el derecho de castigar un acto contrario á la ley moral, sino en tanto cuanto que este acto hiere los intereses de la sociedad—4º no puede el castigo exceder las proporciones indicadas por la ley moral—5º No puede exceder la medida del mal social privado.

Lo que se puede reducir á esta proporción mas simple: no castigar mas que lo que es á la vez contrario á la ley moral y á los intereses de la sociedad, con una pena que no exceda, ni la medida de la justicia, ni la necesidad de la defensa de sus intereses.

Vamos pues que en este sistema, las ideas de justicia y de necesidad social se sirven de límite recíproco y cada una de ellas es un sabio contrapeso que pone obstáculo á los excesos y á las exageraciones lógicas de la otra—Mientras que el principio aislado de la justicia absoluta, tiende á una confusión lamentable de la ley moral con la ley social, y conduce demasiado fácilmente á erigir en delito simples faltas ó deberes puramente morales; mientras el principio utilitario entregado así solo lleva á absurdos y exageraciones de otro género como hemos visto, la feliz combinación de estas dos ideas, evita todos los peligros, mantiene entre ellas una balanza rigurosamente igual y concilia de una manera satisfactoria los intereses de todos y de cada uno dando á la sociedad la garantía de su defensa y de la protección de su seguridad y á los miembros de esta sociedad que pueden caer bejo la acción de la ley penal la garantía de la justicia y del respeto á la ley moral.

#### VIII

Para la escuela *correccional*, fundada por Roeder en Alemania, se funda la facultad de castigar, en que debiendo realizarse el derecho, mediante una justa coacción, si es necesario, nace de aquí para el Estado la exigencia jurídica de poner por su parte, cuantas condiciones positivas y negativas sean precisas, para el regreso al orden del delincuente en he-

cho y en intención.—El estado está obligado á ejercer una constante vigilancia sobre la conducta de los ciudadanos, de modo que esta se desordena el Estado debe buscar que se ordene por si misma, porque así lo exige el interes del culpable y el de los demás asociados.

Para la escuela *positiva* la facultad de castigar, responde única y exclusivamente á la necesidad imprescindible de la conservación que domina en absoluto un organismo social como un organismo animal.

Estas teorías las estudiaremos mas estensamente al tratar de los *sistema de represión*.

#### Lecclón V

El delincuente.—I *El delincuente segun la escuela clásica y la positiva*—II *Existencia del tipo criminal; su explicación*—III *Doctrina del atavismo*—IV *Doctrina de la locura moral*—V *Clasificación de los delinquentes*.

##### I

Al entrar en el estudio de la parte general ó filosófica del derecho penal la primera materia que se nos presenta es el *delincuente*. Sin él no hay delitos ni penas ni cárceles ni procesos.

Este punto es diversamente considerado por las dos escuelas que en esta ciencia discuten la posesión de la verdad: la *clásica* y la *positiva*.

La escuela clásica, salvo los casos de embriaguéz, enagenación mental, defensa legítima etc. vé en el criminal un hombre esencialmente igual á los demás que conocedor del derecho y capacitado para cumplirlo concientemente le niega, obedeciendo á torpes é inmorales apetitos, un rebelde que puede y debe responder de sus rebeldías las que quebranta el orden de las condiciones necesarias á la vida humana individual y social. Para los clásicos pues el hombre delincuente solo se distingue del hombre normal por la diferente dirección que imprime á su voluntad en virtud de su libre albedrío.

La nueva escuela ó sea la *positiva* rechaza ese concepto que considera como el fruto de prejuicios teológicos y metafísicos desmentidos por la experiencia. La escuela italiana considera al hombre delincuente distin-

to de los demás hombres, por particularidades bien definidas, una variedad especial del *genus homo* que debe ser estudiado concretamente en relación del ambiente social en que vive y de los demás coasociados que le rodean.

Se afirma con generalidad que el estudio de la organización física y psíquica del criminal data de ayer; ha comenzado, sin embargo, con mucha anterioridad y puede asegurarse que el estudio por el cual se creía en contrar una correlación necesaria entre los caracteres físicos y morales de una persona es muy antiguo, habiendo afectado en el curso de la historia tres fases principales: 1ª *faz empírica* ó *fisonómica*, según la cual se creía descubrir la variante de la voluntad en los lineamientos y forma complexiva de la fisonomía; 2ª *faz fisiológica* ó *frenológica*, por la cual se pretendía conocer las facultades mentales é intelectuales, según la configuración especial de la parte ósea de la caja del cráneo; de tal manera que si una región de él presentaba ciertas protuberancias, á ellas deberían corresponder tales facultades intelectuales y mentales de la persona; y 3ª *faz degenerativa* ó sea la teoría en cuya virtud una serie de rasgos fisonómicos ó del organismo debería corresponder á ciertas cualidades morales.

Precursores de la escuela antropológica de Derecho Penal son también en este siglo Thompson, Nicholson, Mansdley, Darwin, Pinel, Esquirós y y sobre todo Despine quien á mediados de este siglo escribió una obra de psicología natural la más notable que se conoce.

Tenemos pues como ya hemos dicho dos modos distintos de considerar á los criminales: uno según el cual el criminal fuera de los casos excepcionales de embriaguez locura etc. es un hombre igual á los demás; y el otro que sostiene lo contrario.

El problema fundamental que investigar es entonces el siguiente: ¿Es cierto que un criminal es un hombre como otro cualquiera, que así como ha delinquido podía haberse sustraído al medio en que estaba y no cometer el delito? ¿O es cierto más bien que hay en el delincuente, inde-

pendientemente del medio que lo solicita, algo por lo cual viene á distinguirse del hombre normal?

## II

Para resolver este punto supone Férrí un grupo de individuos sometidos á una serie de influencias, como por ejemplo: calamidades, miserias, desdichas, etc. De este grupo en el que el medio pesa de un modo igual para todos, unos afrontarán el mal tratando de luchar y obtener medios para proveer á sus apremiantes necesidades, otros se entregarán en brazos de la fatalidad buscando recursos en la caridad pública, otros apelarán al suicidio y algunos por fin irán al delito. ¿Qué significa esto? ¿Cómo es que hombres sometidos á iguales influencias adoptan caminos distintos? ¿Porqué unos van al delito y otros prefieren morir, antes de cometer una acción deshonestas? Debe haber pues forzosamente algo independiente del medio que lleva á ciertos individuos á las acciones criminosas; y ese algo no puede ser otra cosa que una variante de su organización psíquica, una debilidad congénita para resistir á las tentaciones criminales.

El hombre honrado, compelido por el medio resiste poderosamente á sus influencias por su fuerza de voluntad, en tanto que el hombre deshonesto, sometido á las mismas influencias, dotado de un sentido moral poco ó nada resistente va insensiblemente al delito. La *ocasión* hace el *ladrón*, dice una sentencia popular muy conocida; esto no es cierto dice Garófalo, sino que *la ocasión hace que el ladrón robe*, porque el hombre honrado no atentará contra la propiedad ajena por más ocasiones que se le presenten. El medio es igual para todos, pero la fuerza individual para resistir á su influencia es diferente; en esta diferencia de fuerza individual para resistir á los impulsos delictuosos, es que se funda la escuela positiva para sostener que el criminal presenta anomalías y debilidades orgánicas y psíquicas que le distinguen claramente del hombre normal.

Sentada esta doctrina los escritores positivistas han buscado su explicación.



### III

Lombroso en la primera edición de su obra inspirándose en las ideas de Darwin explicó la anomalía del criminal por el atavismo. El delincuente dijo Lombroso no es mas que el salvaje primitivo que por un fenómeno atávico aparece en las sociedades modernas con sus sentimientos bárbaros.

Así como en las familias suelen aparecer tipos que reproducen los rasgos de un antecesor muy lejano perdido ya de la memoria de los descendientes, del mismo modo en las sociedades modernas dotadas de sentimientos altruistas adquiridos y desenvueltos en la larga evolución de los siglos, aparecen por el mismo proceso inesplicable individuos privados de las nociones elementales de piedad y probidad, verdaderos salvajes como los que se encuentran en África y Oceanía. Estos tipos son los criminales.

Segun Lombroso el hombre primitivo salido del estado animal está de poseído de toda noción moral por efecto de una conformación cerebral especial y de las necesidades de la lucha por la vida. El atavismo hace renacer en los criminales de las modernas sociedades los instintos de ese hombre primitivo. Segun esta teoría el delito no es mas que el retroceso á la barbarie de nuestros antepasados y el criminal difiere tanto del hombre honrado bajo el punto de vista psicológico como dos individuos de razas distintas bajo el punto de vista físico.

Tomando sus datos de muchos historiadores y viajeros afirma Lombroso que el homicidio, la violación, el robo, el infanticidio, el aborto, las lesiones, etc. eran entre los hombres primitivos prácticas comunes é indiferentes; no conocían la piedad, la probidad ni el remordimiento; eran en una palabra faltos de conciencia y de sentido moral.

Para demostrar la tesis de que el criminal moderno no es sino el salvaje antiguo, recurrió al estudio comparativo de estos dos tipos y siendo en su opinión, completas las semejanzas, dedujo de allí la identidad de ambos. Estas semejanzas son tanto físicas como psíquicas.

El criminal tiene como el salvaje, dice Lombroso, la frente fugitiva, las orejas en forma de asa, mandíbulas anchas y salientes, cabellos muy abundantes, pobreza de barba, la anisotropía de los dos sexos, el ambidextrismo, mayor peso y altura que el hombre normal, mayor longitud de los brazos etc.

Tiene tambien el criminal como el salvaje pasión por el tatuaje y el argot de que se sirven ofrece, como la lengua de los salvajes la misma abundancia de onomatopeyas.

El criminal como el salvaje no reflexiona, no raciocina, no mide las consecuencias de sus actos; pasan bruscamente de la emoción á la acción; si recibe una afrenta vengase en el acto, si desea alguna cosa se apodera de ella, si una mujer le excita los sentidos la roba ó la viola; comete crímenes horrorosos por los motivos más frívolos é insignificantes. Para satisfacer un placer momentáneo y pasajero no trepida en arriesgar su vida ó sacrificar para siempre su libertad. De todas estas similitudes, deduce Lombroso la exactitud de su tesis ya enunciada.

Esta teoría de Lombroso ha sufrido críticas tan enérgicas que, puede decirse, han sido su completa refutación.

Así, Proal ha demostrado que los primitivos habitantes del Universo no eran todos ladrones y asesinos ni estaban desposeídos de buenos sentimientos; de otro modo no hubiera sido posible la existencia de ninguna sociedad por embrionaria que fuese; que muchos eran pacíficos y hospitalarios en grado máximo y que lejos de vivir como las bestias feroces tenían principio de moral y virtudes privadas, que serían muy de desear fueran conservadas con toda su pureza.

En cuanto á los rasgos físicos apuntados por Lombroso como comunes al criminal y al salvaje, Tarde hizo notar que dichos caracteres son casi en su totalidad propias de la raza judía tan pacífica y dulce como es notorio; y de las mujeres que contribuyen muy poco á la criminalidad.

El hábito del mancínismo y del tatuaje es cierto dice Tarde que son frecuentes entre los criminales y los

salvajes. Pero el primero depende únicamente de la educación; y del segundo puede asegurarse dice el mismo que ninguna semejanza se encuentra entre el tatuaje del delincuente y el de las tribus salvajes incultas o bárbaras. En efecto el tatuaje de los criminales, generalmente colocado en los brazos, reviste ordinariamente un carácter erótico o sanguinario, muchas veces de una obscenidad repelente; es la vanagloria del crimen; mientras el tatuaje de los salvajes casi siempre en el rostro, traduce generalmente emblemas patrióticos y guerreros y tiene por fin atemorizar a los enemigos dando a su fisonomía un aspecto heroico y victorioso.

No fué más feliz Lombroso al comparar el argot de los criminales con la lengua de los salvajes. Esta tiene una construcción gramatical propia, cantos béticos, expresiones generosas, palabras nobles que traducen los sentimientos altivos del hombre. El argot de los criminales no es una lengua ni tiene gramática. Compónese de palabras del propio idioma del criminal, con una significación diferente de la acepción vulgar ó de palabras de lengua extranjeras, reunidas en un vasto cosmopolitismo, un volapuk originalísimo esencialmente cínico abyecto, grosero y trivial.

Muy rico en sinónimos para designar crímenes y vicios es notablemente pobre para expresar sentimientos é ideas de orden elevado. De modo que hay entre estos dos lenguajes la diferencia del fruto dañado al fruto verde.

En cuanto á la irreflexión ó imprevisión que se atribuye á los pueblos primitivos no pasa de ser una afirmación gratuita según Proal. Fuera de que es muy difícil sino imposible tener datos históricos sobre el particular, puede asegurarse mas bien que la impetuosidad y la imprevisión son propias de la juventud aun en las sociedades mas civilizadas, así como la meditación, el cálculo frío y la moderación son propias de la edad madura en los países mas bárbaros é incultos.

#### IV

Atacado Lombroso tan vivamente como hemos visto, dió á luz una nue-

va teoría. En la segunda edición de su obra, el criminal ya no es el salvaje que con sus sentimientos bárbaros y primitivos reaparece en la civilización por un fenómeno de atavismo.

Es ahora un enfermo, un enagnado, un *loco moral*. El delito es entonces una variedad de la locura, una epilepsia larvada.

La epilepsia es una irritación localizada de la masa cerebral manifestada por accesos ora instantáneos ora prolongados pero siempre intermitentes. Esta enfermedad, según los médicos, descansa sobre un fondo degenerativo ya sea hereditario, ya sea adquirido por causa del alcohol ó lesiones craneanas.

Según Lombroso el criminal tiene con el epiléptico la misma altura, la misma expresión de la fisonomía, la misma frecuencia de asimetrías del cráneo, lesiones cerebrales, mandíbulas voluminosas, ausencia de calvicie y la misma disminución general de la sensibilidad.

En cuanto á las condiciones etiológicas, demostró Lombroso que en los lugares donde hay menos epilépticos hay tambien menos criminales; que ambos descienden en la mayor parte de los casos de padres degenerados ó viejos siendo frecuente entre sus antecesores la locura, el alcoholismo y el suicidio.

Lombroso observó tambien en ellos una gran sensibilidad para la electricidad y las variaciones atmosféricas y afirmó que en los días tempestuosos, cuando son mas frecuentes los accesos epilépticos, los criminales están poseídos igualmente de una sobreexcitación extraordinaria, que desgarran sus ropas, arman peleas, rompen los muebles, atacan á sus guardianes etc. Además notó en los locos morales como en los criminales natos que una especie de *aura* precede al delito y lo hace presentir.

Por otra parte hay en los criminales como en los epilépticos la misma tendencia, á la vagancia, á la obscenidad, á la pereza, las orgías, la mentira la irritabilidad instantánea y sia motivo suficiente, la cobardía y el amor al lujo.

Esta nueva teoría de Lombroso no

fué impugnada menos vivamente que la anterior.

Sin desconocer cierto parentesco entre el crimen y la locura, los escritores, aún entre los mismos positivistas ven en la mayoría de los delitos motivos prácticos y esternos, que sin escluir el elemento psicopático como causa predisponente, poco ó nada tienen que ver con la ciencia mental.

Los delincuentes no se sienten arrastrados al crimen según el Dr. Jacoby, como los suicidas á la muerte voluntaria ó los pirómanos al incendio por impulsos internos irresistibles, sino que simplemente carecen de facultades de *retención*, capaces de detenerlos en el camino del mal á que los llevan causas externas.

El mismo Dr. Jacoby, tratando de establecer el diagnóstico diferencial entre la locura y el crimen, traza el siguiente cuadro, que en su opinión demuestra acabadamente que no hay una relación directa entre el crimen y la locura.

#### LOCURA

(A) Es un poco mayor en la mujer que en el hombre.

(a) Insignificante antes de la edad de 20 años.

(b) Llega su máximo entre los 20 á 30 años.

(c) Disminuye lentamente con la edad.

(d) La vejez avanzada está muy sujeta á ataques.

(e) Aumenta con la instrucción superior.

(f) Es menor en los campesinos.

(g) Es relativamente menor en los criados.

(h) Muy grande en los rentistas.

(k) Extremadamente grande en las personas que ejercen profesiones liberales.

#### CRÍMEN

(A) Es mucho mayor (4 ó 5 veces) en el hombre que en la mujer.

(a) Muy grande ya antes de los veinte años.

(b) Su máximo alcanza hasta los 45 años.

(c) Disminuye muy rápidamente con la edad.

(d) La vejez avanzada puede decirse que es inmune.

(e) Disminuye con la instrucción superior.

(f) Es mayor en los campesinos.

(g) Es relativamente mayor en los criados.

(h) Muy poco en los rentistas.

(k) Relativamente insignificante en las personas que ejercen profesiones liberales.

Los atentados producidos por la

#### LOCURA

Son mas frecuentes contra las personas que contra las cosas.

Los atentados producidos por el

#### CRÍMEN

Son menos frecuentes contra las personas que contra las cosas.

El eminente médico alienista Legend du Saulle completó este cuadro, considerando como característicos mas comunes de los crímenes cometidos por los epilépticos: la ausencia de motivos, falta de premeditación, instantaneidad y energía en la determinación del acto, ferocidad en su ejecución, desenvolvimiento de una violencia insólita y multiplicidad de golpes, ninguna disimulación en la práctica del atentado y ningún cuidado de parte de su autor para ocultarse despues, indiferencia absoluta, ausencia de todo temor ó remordimiento, olvido total ó reminiscencia confusa y parcial del acto llevado á efecto, falta de cómplices.

Ahora bien, basta estudiar las crónicas de los tribunales, leer los procesos criminales, para llegarse á la conclusion de que de los mas célebres delincuentes no presentan en la práctica del crimen los caracteres apuntados. Ellos no matan sin motivo á personas indeterminadas como los epilépticos escogen bien sus víctimas, premeditan largamente el crimen, estudian bien las circunstancias del tiempo y del lugar para que puedan conseguir el objeto deseado, preparan luego una cohartada justificativa ó cualquier otro expediente de defensa, con una astucia muchas veces extraordinaria. Son impelidos al crimen por motivos de codicia, odio, venganza ó libertinage. Despues de consumado el acto, no pierden su memoria y por el contrario describen el suceso con todos los detalles en la expansión de una vanidad sin límites.



No obstante estas divergencias, el valor que se dé á estos ó aquellos indicios y cualquiera que fuese la discusión que pueda suscitar uno ú otro detalle físico ó morfológico, el tipo del hombre delincuente es una realidad dice el Dr. Drago y una realidad digna del más atento estudio.

En resumen, si el criminal á pesar de sus semejanzas físicas y fisiológicas, no es un salvaje ni tampoco un loco, es siempre un monstruo y como tal presenta rasgos de regresión al pasado, así como otros morbosos ó anormales en una combinación aún no susceptible de un modelo fijo. Esta monstruosidad no es extraña al instinto popular y todos sabemos y rara vez nos engañamos, dice el doctor Drago, si á la vuelta de un camino solitario, al encontrarnos frente á frente con un desconocido, hemos de cambiar un saludo ó requerir las armas. Las frases populares cara de asesino, de maton, fach de ladrón, fisonomía patibularia etc. comprueban este aserto.

Por lo demás, raro es por ahora el hombre de ciencia, que cultive estos estudios, que no admita la existencia del criminal con anomalías innatas y entre los médicos y directores de cárceles y todas las personas que han vivido entre ellos por cualquiera circunstancia, todos están contestes en la existencia del delincuente nato y su diferencia del hombre normal bajo el doble punto de vista físico y psicológico.

Las investigaciones de la escuela positiva sobre la existencia del criminal nato incorregible, instintivo, es una verdadera conquista de la ciencia. Con el carácter completamente experimental que esta escuela imprime á sus estudios sobre los criminales, éstos ya no son considerados abstractamente como antes; por el contrario sus caracteres anatómicos y fisiológicos, la psicología de sus sentimientos, absorben la atención del magistrado y del antropólogo, convencidos de que ese procedimiento es el único medio de conocerse la temibilidad del agente y en atención á ella, graduarse razonablemente las penas, según las exigencias de la defensa social.

Respuesto así someramente el cri

terio de la nueva escuela penal, es fácil deducir como consecuencia la importancia que debe tener para ella la correcta división y clasificación de los delincuentes. Cada uno de esos grupos debe representar un grado diferente de peligro social. Para que el legislador pueda por consiguiente garantizar en sociedad á los hombres honestos de los malvados, es preciso que éstos estén perfectamente divididos y clasificados, á fin de que la ley, con pleno conocimiento de sus condiciones individuales, pueda contrarrestar con eficacia la actividad malhechora de cada uno, según su clase.

La clasificación de los criminales fué objeto de preferente atención por los pensadores de la nueva escuela y en la primera sesión del Congreso Internacional Penal reunida en Roma el 17 de Setiembre de 1885, fueron presentados diferentes proyectos. Después de una larga y animada discusión, decidióse aceptar la clasificación presentada por Ferri. Es esta efectivamente la mas completa, correcta y prolija, que ha presentado la nueva escuela.

Ferri divide los criminales en cinco grandes categorías: *delincuentes natos*, *delincuentes locos ó alienados*, *delincuentes habituales*, *delincuentes de ocasión* y *delincuentes por pasión*.

1º Los *delincuentes natos* incorregibles ó instintivos son individuos degenerados, arrastrados al delito por el desorden de su temperamento orgánico y psíquico. No tienen honor, piedad ni remordimiento. Su sentido moral es totalmente atrofiado á pesar de una organización mental relativamente correcta. Bajo el punto de vista psicológico se caracterizan por la falta de sentido moral ó sea la ninguna repugnancia ante la idea del crimen y la indiferencia completa en presencia de la víctima, una vanidad excesiva, la incontinencia, la pereza y la mentira. En el orden intelectual se nota en ellos, la ausencia de previsión y la dificultad para coordinar las ideas. Descendiendo á los caracteres fisiológicos se ha observado su insensibilidad para el dolor físico, la cual guarda correspondencia con su insensibilidad moral; es también frecuente en los criminales la

ambidextría ó sea la habilidad para manejar indistintamente la mano derecha ó la izquierda. Como caracteres patológicos se ha notado en ellos el predominio de las enfermedades del corazón y de los ojos. En el orden puramente físico, los observadores han creído encontrar una serie de anomalías sobre todo en la cabeza, tales como el predominio de la región occipital sobre la frontal, el prognatismo ó desarrollo exagerado de las mandíbulas, la asimetría facial, la carencia de barba y exhuberancia de cabellos, el extravismo ó desigualdad de las pupilas etc. Pero estos últimos caracteres no tienen mayor importancia para Ferri, quien considera los psicológicos como los más interesantes.

2.° Los *delincuentes locos*, son aquellos atacados de una forma de enagenación mental, que los lleva á la comisión de crímenes como el homicidio, los incendios, los ataques á la propiedad y al pudor. Se distinguen de los criminales natos en que sufren alteraciones, no solamente en el sentimiento sino también en la inteligencia; son verdaderamente *locos*. Su desorden intelectual se manifiesta en que cometen crímenes sin causa alguna, escogiendo como víctimas, muchas veces, personas de su aprecio ó intimidad. Obedecen á un impulso mórbido irresistible y se ha notado que muchos de ellos sienten un gran alivio después de la comisión del crimen, seguido de un sueño profundo y olvido completo de los hechos por él cometidos.

Hay entre los delincuentes enteramente locos y los cuerdos, una variedad intermedia; son los individuos llamados *matoides* por Lombroso y que según Maudsley pertenecen á la zona intermedia entre la cordura y la locura; podrían llamarse *alocados*. Lombroso y Ferri colocan en esta variedad á los individuos que concluyen una vida llena de extravagancias con un delito de índole política, delincuentes cuya inclinación habitual es tratar por medio de publicaciones cuestiones elevadísimas, sin tener para ello la instrucción necesaria.

3.° Los *delincuentes habituales* ó por costumbre adquirida, son aquellos in-

dividuos que viven en el delito, pero que lo son así por la influencia del ambiente en que han nacido y desarrollándose en unión de una constitución moral, no completamente obtusa, sino simplemente deficiente y que antes de llegar á ese estado de degradación hubieran podido salvarse colocados en un ambiente más puro. El delincuente habitual no presenta caracteres psicológicos fijos, ni la degeneración de su sentido moral es tan profunda; sin embargo una vez cometido el primer delito, (generalmente contra la propiedad), persiste en él haciéndole una verdadera profesión á causa de su gran debilidad moral, unida al impulso de las circunstancias y del ambiente corrompido en que se ha formado.

4.° Los *delincuentes de ocasión* son aquellos, que no teniendo por su naturaleza tendencias congénitas hacia el delito, caen no obstante en él por el incentivo de tentaciones de su condición personal ó del ambiente externo ó social, pero no reinciden y hasta se arrepienten sinceramente de su delito si esas tentaciones desaparecen. Esta variedad, muy poco difiere del hombre honesto.

5.° Los *delincuentes por ímpetu, de pasión*, son aquellos que teniendo en general las condiciones buenas de los hombres honrados y la fuerza para resistir las tentaciones comunes ó vulgares del delinquir, no tienen sin embargo para resistir á las tempestades psicológicas que se desencadenan en su alma al soplo de una vehemente pasión: como los celos, la ira, el amor no correspondido, etc. La pasión que los agita debe ser como las enunciadas: una pasión social, porque si fuera antisocial como la codicia ó la lujuria entonces serían más bien criminales instintivos. El delincuente por ímpetu de pasión, á la inversa del criminal nato, tiene una sensibilidad física y moral extrema, hasta exagerada y sus antecedentes son honrosos. Ejecutan el delito en un estado de sobreexcitación profunda, en público, importándole poco la cantidad ó calidad de las personas que le rodean, y con el arma que encuentran á mano. Se comueven mucho antes y después del delito; se arrepienten en seguida de un mo-



do tan sincero y violento á veces, que lleguen hasta suicidarse. Casi nunca reinciden y cuando cometen un hecho punible se presentan espontáneamente á la autoridad y confiesan completamente su delito.

La clasificación de Ferri ha sido criticada por varios pensadores entre los cuales se encuentran positivistas y clásicos.

Joly le hizo entre otras observaciones de mayor importancia, la que sigue: que no puede admitirse que se diga *criminal alienado*, porque el delito supone siempre la responsabilidad y donde ella no existe, no puede haber crimen. Dice, que si se quiere entender por criminales alienados á los atacados de cierta especie de locura distinta de las demás, sería preciso admitir otra categoría de *alienados* pero no de *criminales*. Añade que según los mejores estudios sobre los locos no existe tal clase de locura; que es cierto que algunos locos de linquen pero que por ese solo motivo, no se puede constituir una clase distinta de criminales que se caracterizan por la enfermedad que padecen. Esta crítica de Joly ha sido contestada de este modo: habrá la duda de si hay una especie de enagenación mental que conduzca al crimen, pero no se puede negar rotundamente que no existe, pues por el contrario está comprobado por numerosas observaciones de los alienistas, que algunos pacientes son atacados de manías especiales que los llevan á atentar contra la vida y la propiedad ajenas; y así los médicos dicen de ellos, empleando términos propios de la patología mental, que tal alienado tiene la *monomanía* del homicidio, otro del hurto etc. Además, con la inclusión de los criminales alienados en la clasificación, no se quiere decir que ellos sean responsables; lo que se busca es otra cosa muy distinta; es investigar el tratamiento que la ley ha de dar á cada clase de criminal según sus caracteres. Así pues, no se puede eliminar esta categoría en nombre de la responsabilidad, porque la clasificación antedicha no obsta para que la ley trate al responsable como tal y al irresponsable como lo exigen sus condiciones de irresponsabilidad.

## Lección VI

El Delito—I Concepto del delito según la escuela clásica y positiva—II Diversas definiciones dadas por los escritores de la escuela clásica—III El Delito natural—IV Verdadera noción del delito—V División de los delitos.

### I

Sobre el concepto del delito discrepan también fundamentalmente las dos escuelas adversas, la *clásica* y la *positiva*.

La escuela clásica considera el delito como un ente jurídico abstracto, consistente en la violación de una norma de conducta necesaria y útil á la conservación social.

Para esta escuela, el delito supone abandono consciente de reglas de conductas enlazadas con el orden universal, dictadas por un ser capaz de comprenderlas y de negarlas, en cuanto es inteligente y libre. De modo que solamente el hombre puede ser sujeto del delito desde que es el único en la naturaleza que posee las facultades intelectuales y volitivas necesarias para discernir los actos indiferentes de los culpables.

La idea común á todo crimen para la escuela clásica, es el quebrantamiento de un deber y como no hay deber sin derecho correlativo, resulta que sin la idea del deber y del derecho, inherentes á la especie humana, no se concibe el delito. Entran pues como elementos esenciales de todo hecho delictuoso, á más del daño material, la inteligencia y la voluntad del agente.

Bejo estos conceptos tenemos que el delito es un fenómeno jurídico consistente en la violación de preceptos preestablecidos, que supone siempre como sujeto á un hombre poseedor de voluntad y libertad.

La escuela positiva sostiene por el contrario, que el delito lejos de ser un ente abstracto consistente en la violación de un principio de la justicia absoluta é inmutable, sancionado por las leyes positivas, no es sino un fenómeno natural biológico y social, sin ningún valor ético y metafísico é independiente de la justicia absoluta que no existe sobre la tierra.

Para esta escuela, el delito es el resultado necesario de leyes fisiológicas tocantes al desarrollo y á la generación; es una manifestación morbosa de determinados caracteres del individuo y de ciertos influjos del medio físico y social; el mundo produce naturalmente falsarios y asesinos como produce reptiles y plantas venenosos entre los seres vivos de las escalas inferiores.

Esta teoría se funda sobre todo en las obras de Darwin, en las de muchos sabios naturalistas de este siglo y del pasado, así como en las doctrinas filosóficas de Holbach, La Metrie, Diderot, Taine etc. quienes sostenían que el heroísmo, las virtudes, los crímenes y los vicios son productos necesarios del organismo, que descansan en ciertas y determinadas propiedades de la célula nerviosa.

Que el delito está ligado á las condiciones del organismo, lo descubren, dice Lombroso, sus manifestaciones en los seres inferiores de la naturaleza.

Basándose en los datos suministrados por los naturalistas sobre la vida y costumbre de los animales infrahumanos, sienta como verdad inconcusa que el delito entre todos ellos es muy común. Todos sabemos, dice, que las necesidades, el mando de la tribu, el incentivo del goce sexual, originan rivalidades, luchas, lesiones, y muertes entre los seres inferiores de la escala animal. Las hormigas y las abejas, cuyas sociedades son modelos entre las de los seres irracionales, nos presentan frecuentemente, casos en que, presas de un furor demente, maltratan y asesinan á sus congéneres, ó dominadas por la ambición, cometen hurtos, se entregan al banditaje y al saqueo, ó ciegas por el ardor genésico, incurren en irregulares atropellos.

Lo mismo puede decirse de otras asociaciones de animales.

Para hacer más interesante la analogía entre los delitos en el hombre y los delitos entre los animales irracionales, hace notar que así entre éstos como entre aquellos la crueldad y los vicios aparecen relacionados con anomalías orgánicas ostensibles en la cabeza y en otros miembros; que

los fenómenos físicos ejercen la propia marcada influencia sobre los animales como sobre los hombres, que las pasiones los embravecen igualmente y el alcoholismo los exalta. Cita en su apoyo ejemplos numerosos sacados de Buchner, Houzeau, Espinas y otros.

Concretándose al género humano, pero siempre con el fin preconcebido de evidenciar que el delito es una actividad orgánica natural que nada tiene que ver con los principios abstractos y metafísicos, ni con las ideas del deber y de conciencia, se fija en la primera edad del hombre. Basado en los escritos de Moreau, Peres, Bain y Bousset establece que «los gérmenes de la locura moral ó delincuencia se encuentran, no por excepción, sino normalmente en la primera edad del hombre, como se encuentran en el feto de un modo constante, ciertas formas que en el adulto son una monstruosidad». Nuestros niños, dice, son pequeños salvajes, que rabian, patean y gritan por la menor contrariedad, rompen y arrojan en tales momentos lo que tienen á mano, la venganza es su pasión dominante; la envidia los corroe; el disimulo y la mentira son sus cualidades salientes; su crueldad se manifiesta en el trato que dan á los animales más inofensivos y en el abuso de su fuerza sobre los que les son inferiores; perezosos y vanos, aman solo al ocio, el fuego y el bullicio; sus tendencias obscenas aparecen en el vicio del onanismo y en imitaciones de todo lo malo y torpe que observan á su alrededor, su afición á las bebidas alcohólicas es notable, etc. etc., á lo que agrega una casuística en que abundan los ejemplares de precocidad viciosa y malvada y una estadística antropométrica que demuestra la frecuencia de anomalías físicas en los niños.

Dejando á un lado la discusión entre la metafísica y las ciencias naturales sobre la esencia misma del delito, porque esta controversia rebasaría los límites de nuestro estudio, entraremos á considerar este hecho bajo el aspecto que realmente nos interesa; esto es el legal ó jurídico.

## II

A primera vista parece muy fácil

definir un hecho tan frecuente y conocido como es el *delito*. No es así sin embargo, y entre los numerosos es críticos que han pretendido dar una noción ó definición exacta, ninguno ha atinado una que satisfaga plenamente las exigencias de la ciencia sobre el particular.

Considerando algunas de las principales definiciones que se han presentado desde que la ciencia penal ha adquirido un carácter definido y dejando á un lado las menos importantes, nos encontramos en primer lugar con Filangieri, quien define el delito diciendo: *es una acción prohibida por la ley*. Esto y no dar definición alguna, es lo mismo, dice el doctor Piñero puesto que se acude á la ley misma para definir lo que es el *delito*. Podría aplicársele con toda corrección la observación que hace Frank á una definición semejante. En efecto, se pregunta lo que es *delito* y se contesta, lo que *es prohibido por la ley*; pero precisamente se trata de saber lo que la *ley debe prohibir*, no lo que ya está prohibido por ella.

El fundador de la escuela clásica francesa, Rossi, da esta noción: *el poder social no puede considerar como delito, sino la violación de un deber hacia la sociedad ó hacia los individuos, deber exigible y útil á la conservación del orden público*. Era para Rossi el elemento esencial del delito, la violación de un *deber*.

Como no todas las violaciones de deberes pueden ser delitos, establece el mismo autor que es necesario hallar la especie, para completar de este modo la definición. Según Rossi, debe tratarse de un deber en daño de la sociedad y aun de los individuos *exigible*, por medio de una concepción, un deber cuya violación importa la violación de un derecho cuya protección justifique el uso de la fuerza y de la violencia.

Sin embargo, hay deberes correlativos con derechos exigibles por medio de la fuerza cuya infracción no constituye un delito. Así, por ejemplo: dos personas en virtud de las facultades que gozan, contraen; este contrato está revestido de todas las formalidades requeridas por la ley para su validez; una de

las partes no cumple los deberes exigibles, las obligaciones que ha contraído. La otra, para obtener la sanción de sus derechos, recurre á los tribunales para que éstos empleando la fuerza colectiva del poder social, obligue á la otra parte á cumplir su compromiso: esa violación del deber exigible, ¿constituye un delito? nó, seguramente, y no es de creerse tampoco que otra sea la opinión de Rossi, tan sagaz y competente.

En definitiva, puede afirmarse que esta definición ha ido mas lejos de lo que debía.

Siguiendo el orden cronológico nos encontramos con la definición de Carrara, el escritor mas eminente de la escuela clásica italiana.

Su definición es esta: *El delito civil es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto exterior del hombre, positivo ó negativo, moralmente imputable*. Decir que el delito civil, es la violación de la ley del Estado, por un acto extremo, es decir, al fin y al cabo, que es el delito lo que la *ley ha establecido como tal*, en cuyo caso puede aplicarse á esta definición la objeción de Frank ya mencionada al hablar de la definición de Filangieri.

Ahora veamos la teoría de Frank.

Rechaza este autor directamente la teoría de Rossi, la de Filangieri y aun la de Carrara é investiga á su vez, cuál debe ser la noción del delito, científicamente considerada, fuera de la ley y dentro de la filosofía penal. Dice que el delito debe consistir en la *violación de un derecho*; pero distingue entre aquellos derechos que se encierran en una medida precisa y que son exigibles por la fuerza, porque ellos son absolutamente necesarios al cumplimiento de los deberes á los cuales corresponden, de aquellos que no son susceptibles de una determinación exacta que no son de una naturaleza capaz de ser exigidos por la fuerza, porque ellos no son indispensables al cumplimiento de nuestros deberes: la violación de los primeros, constituye delito, la de los segundos se encuentra fuera del campo penal.

Este autor va todavía mas lejos,

afirmando que aun la violación de los derechos indispensables al cumplimiento de los deberes que les corresponden no basta para constituir un delito; es necesario además según él, que la sanción penal sea posible, que presente ventajas dentro de la justicia y de la necesidad social, que pueda practicarse y que si fuese practicada no vaya á lastimar las costumbres de la sociedad.

De manera que para la existencia de un delito es necesario que se haya violado un derecho exigible por la fuerza, que la sociedad obre con el fin de conservarse dentro de los límites de la justicia y que de la aplicación de la pena no resulte escándalo ni daño á la sociedad.

Esta teoría está ya mas cerca de la verdad.

### III

Muchas otras definiciones se han dado sobre el delito. Los escritores de jurisprudencia pueden, como dice Pacheco, ofrecer cualquiera de ellas sin recelo, para dar una noción clara del delito en el uso comun y práctica diaria, pero la ciencia del derecho penal no puede quedar satisfecha con exterioridades.

Es necesario pues, remontarse un poco, penetrar en la naturaleza íntima de las cosas y encontrar dentro de lo posible una fórmula que nos dé una idea precisa y uniforme de lo que ha sido, es y será el *delito* de los pueblos civilizados.

Un escritor positivista—Garófalo—se ha dedicado con especialidad á investigar este punto.

Es una creencia general, dice, el que la ciencia de los delitos no es mas que una rama de la ciencia del derecho; por eso se ha dado á la penalidad un carácter enteramente jurídico, siendo exclusivamente los abogados los que legislan y aplican la ley en esta materia. De aquí proviene que, el jurista no estudia el delito mas que según su forma exterior, sin hacer ningún análisis del mismo, según la psicología experimental, sin averiguar su procedencia natural.

La palabra *delito*, dice Garófalo, no es una palabra técnica, sino una idea accesible á todos, conozca ó no conozca las leyes. El legislador no ha creado esta palabra sino que la ha

tomado del lenguaje popular, ni siquiera la ha definido satisfactoriamente y lo único que ha hecho ha sido reunir un cierto número de acciones que según él eran delitos.

Ahora bien, siendo la criminalidad un fenómeno natural social, es preciso averiguar si tiene límites mas amplos ó mas restringidos de los que se le asignan en los Códigos.

El legislador no ha definido el delito natural; y el sociólogo, que observa cómo se ha alterado y variado en la historia el juicio público sobre los actos que aquel enuncia como delitos, no puede contentarse con semejante criterio y cumple formar otro menos mudable é inseguro sobre el verdadero concepto del *delito*.

Una acción que viola normas sociales de suprema importancia, y cuya inmoralidad es universalmente sentida, tal parece ser el delito; por manera, que la importancia y la universalidad son los caracteres diferenciales á que debemos atenernos, y lo que á seguida procede es fijar qué preceptos de conducta los ofrecen indubitadamente.

«Hay en la sociedad ciertos usos y prácticas de relativa significación que, de ser olvidados ó contrariados, ocasionan consecuencias harto conocidas: vestir de un modo ridículo, hacer uso directo de las manos para comer en una mesa de personas cultas y acomodadas, no saludar con la finura y en los términos que la costumbre impone, puede acarrearlos el título de excéntricos, de groseros, de mal educados; pero esto depende del lugar donde suceda, de la clase de personas entre quienes nos hallamos, hasta de la oportunidad del momento, (como vr. gr. el hecho de abrazar á una señorita, lícito en un baile y abusivo en otra ocasión); y si es verdad que tales actos tienen de común con el *delito* la inobservancia de una norma de conducta, carece ésta de la importancia y de la universalidad á que antes nos referíamos.

«Mayor afinidad encontramos estudiando prescripciones y hábitos, no encerrados en tan estrecho límite, sino comunes á una sociedad entera y apreciados como *reglas morales*; pero si estas reglas no afectan

una movilidad tan grande ni obran en un círculo tan limitado, consideradas en largos períodos de tiempo, con relación á naciones y razas distintas, las veremos también cambiar y diferir.» En efecto, la Historia nos atestigua que muchísimas acciones consideradas hoy como atrozmente inmorales, fueron toleradas y hasta aplaudidas en otros tiempos y vice-versa. El sentido moral de la humanidad se ha desarrollado lentamente, ha variado continuamente en su desenvolvimiento según las razas, las épocas y hasta las clases sociales; se han debilitado y fortalecido, disminuido y aumentado alternativamente algunos de los instintos que lo constituyen. Esta enorme variación en la idea de la moralidad ó in-moralidad de los hechos humanos, sobre todo en lo referente al grado ó especie de inmoralidad necesarios para que un acto sea considerado criminal, no pueden menos que convencernos de que sería infantil pretender formar un catálogo de hechos considerados como delitos en todos los pueblos y en todas las épocas.

La resolución de este problema debe buscarse según Garófalo en otra parte y en otra forma. Por la razón ante dicha debe abandonarse el examen de los hechos y acometer el de los sentimientos que en lo histórico y en todas las sociedades civiles ó semi-civiles pueden considerarse como orgánicos ó instintivos; que ya no pueden perderse porque representan las experiencias de utilidad acumuladas en muchos siglos y que lejos de decaer obtendrán cada día, mayores perfeccionamientos; sentimientos que hoy, puede decirse, han sido adquiridos definitivamente por la parte civilizada de la humanidad. La violación de esos sentimientos por actos que á la vez sean perjudiciales á la sociedad, es lo que se puede llamar un *delito natural ó social*.

Nótese bien que solo se refiere Garófalo á los pueblos civilizados. En este análisis dice él, hay que prescindir del hombre prehistórico del cual nada podemos saber sobre la materia que no interesa, así como de las tribus salvajes ó degeneradas, por cuanto podemos considerarlas como anomalías de la especie humana.

Entrando ahora al examen de los sentimientos, encuentra Garófalo que el *pudor*, el *patriotismo*, el *sentimiento religioso* y el *sentimiento familiar* no soportan la prueba á que se les somete aprobando las investigaciones históricas y analizando el íntimo sentido que anima los hechos actuales. Ni tienen en el organismo las profundas raíces que nos obligarían á considerarlas en el número de los sentimientos invariables que buscamos y sobre los cuales se trazan las normas universales de conducta.

Pero, por encima de los sentimientos que acabamos de enunciar, hay otros bastantes mas generales y uniformes cuya fuerza penetra en todas las clases sociales con mas ó menos intensidad. Estos son la *benevolencia* y la *justicia*. Estos sentimientos se han hecho instintivos, dice Garófalo, en la especie humana, independientemente de todo razonamiento individual; se han hecho carne en la especie humana y se transmiten por herencia como los caracteres físicos.

La *benevolencia*, el gran sentimiento altruista se corresponde con el egoísta de la propia conservación y emana de él, puesto que en los padecimientos ajenos nos representamos los nuestros propios. La *benevolencia* tiene diversas fases. Como primera se presenta la *filantropía*, que lleva á una persona á ocuparse del bien de los demás, sin tener en cuenta para nada un propósito deliberado de recompensa ó de ambición: se comprende fácilmente que este sentimiento solo es patrimonio de los espíritus elevados y por tanto no puede tomarse por base del sentimiento moral medio de la sociedad, es decir de la mayoría de los hombres. Otra faz de la benevolencia que sigue á la anterior, pero menos elevada, es la *caridad*, profesada por un gran número de personas que, sin hacer de ella el propósito de su vida, se esfuerzan en favorecer á los demás toda vez que se les presenta ocasión para ello. Descendiendo mas aún, nos encontramos con la *piedad*, la cual puede revestir dos formas: la *piedad* en su forma *positiva*, que nos lleva á evitar penas á nuestros semejantes y la *piedad negativa*, por la cual el hombre es movido á no cau-



sar daño á los demás, ya sea físico como las heridas, ya moral como las injurias; la primera manifestación no implica emisión sino una acción; la segunda consiste simplemente en la abstención de ciertos actos.

Ahora deteniéndose en este punto, Garófalo dice: que se puede ver inmediatamente el lado débil de aquella teoría, según la cual, los actos criminales se reconocen por el doble carácter de ser á la vez inmorales y perjudiciales á la comunidad. Efectivamente, agrega, este doble carácter se encuentra en las acciones que atacan el sentimiento de *piedad positiva*, como por ejemplo, el rehusar socorrer á un enfermo, cuya acción puede ser inmoral y perjudicial á la vez; sin embargo, la opinión pública de ningún país considerará como una acción criminal el negarse á socorrer á un enfermo, porque según este pensador, la idea del crimen se asocia á una acción que no es solamente perjudicial, que no es solamente inmoral, sino que se manifiesta la inmoralidad en su forma mas patente y común, que podría llamarse mas rudimentaria. Luego, la piedad debe tomarse en su forma mas rudimentaria. Luego, la piedad debe tomarse en su forma menos elevada, en la forma *negativa*, que impone la obligación de no dañar al prójimo. Tendríamos pues encontrado algo como la noción de lo que debe ser el delito en una de las categorías típicas de Garófalo, es decir, en el *conjunto de aquellas lesiones hacia el sentimiento de piedad, en su acepción negativa, las cuales deben ser perjudiciales para la misma sociedad donde se llevan á cabo.*

Siguiendo el desenvolvimiento de su doctrina se refiere en seguida al sentimiento de *justicia*, que consiste según Spencer en la representación de aquellas emociones que sienten los demás cuando se les pone obstáculos ó, por el contrario, si se les deja libre curso á las manifestaciones de su actividad, por medio de la cual se aproximan ó obtienen los placeres y se alejan los dolores.

Este sentimiento en su grado más elevado se llama *delicadeza* la cual no es poseída sino por naturalezas privilegiadas; por tanto hay que aban-

donarla y pasar á otra manifestación menos elevada, es decir á la *probidad*, que consiste únicamente en respetar todo lo que constituye el patrimonio de otros. Hay que advertir, no obstante, que no todas las ofensas á este sentimiento son *delito*; para que este aparezca es necesario que las ofensas impliquen *violencia ó engaño*. Entre los ataques á este sentimiento coloca los delitos contra el honor ó la reputación, toda vez que el buen nombre ó crédito de que goza una persona es propiedad adquirida por su correcto proceder, demostrado en sucesivas acciones.

Resultado de este exámen, es la definición del *delito natural* contenida en estos términos: *una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad, ó benevolencia y justicia), según la medida media que obtienen en las razas humanas superiores, la cual medida es necesaria para la adaptación del individuo á la sociedad.*

Con esta definición se excluyen del campo propio del *delito natural* muchas violaciones que podrán ser reprimidas y castigadas, pero que están expuestas á oscilaciones continuas, mientras que las ofensas verdaderas de los sentimientos altruistas fundamentales, constituyendo condiciones inexcusables de vida, permanecen inalterables; y de no reservar el título de *delito* para éstas, no acabaríamos de despojar al concepto de la excesiva relatividad que se combate. No obsta lo dicho á que surjan delitos nuevos ó á que la esfera de la criminalidad se dilate en adelante; pues los aludidos sentimientos pueden llegar á una superior y difundida gradación, mediante la cual, acciones hoy solo chocantes, se harán odiosas, y otras indiferentes ó mal vistas asumirán, un carácter verdaderamente criminoso. El progreso ó la evolución se revelará en modificaciones cuantitativas que no desmentirán la teoría.

Hay un punto que Garófalo ha descuidado; es el relativo á los *motivos ó móviles* del agente. Pero Ferri ha venido á subsanar esta falta, sosteniendo que un acto delictuoso que se opera en la sociedad se juzga, tal, en

consideración á los motivos que han llevado al agente á ejecutarlo

Si la acción ha sido determinada por móviles antijurídicos ó antisociales, entónces esa acción es un *delito*; pero si ella ha sido ejecutada por motivos sociales, es decir, que la misma sociedad admite, entónces la acción no es delictuosa. Para demostrar la aplicación de estos principios, recuerda al hombre que mata á otro por venganza ó concupiscencia y al que lo hace en defensa propia. En el primer caso, hay delito; en el segundo nó. Las acciones delictuosas son entónces fenómenos que se realizan en la sociedad y que deben estudiarse en sus relaciones sociales ó individuales y vinculados con los motivos que las determinan

#### IV

Reasumiendo todo lo que antecede, llegamos á la conclusión final de que el delito debe reunir estos dos elementos esenciales: el *hecho*, es decir, la acción que ejecuta la persona, y la *voluntad* que es el elemento moral, el móvil determinante: jurídico ó antijurídico.

Lo dicho hasta aquí de Garófalo y de Ferri puede servir para ensayar una noción mas clara del delito. Tenemos estos datos: 1º que el delito ha de lesionar la moralidad media de la sociedad, importando poco que la moralidad media varíe, porque siempre hay un conjunto de preceptos y reglas que la constituyen; 2º tenemos que se ha de considerar la naturaleza del móvil y motivo de la acción y 3º que el delito, como fenómeno natural social, ha de ser considerado tal por la opinión ó por el juicio de la comunidad, por la conciencia nacional. Teniendo en cuenta todos estos elementos, el Doctor Piñero define el delito: «Una acción ejecutada por motivos antijurídicos ó antisociales, ofensiva á la moralidad media de una sociedad en una época dada, y juzgada por la opinión pública, por la conciencia nacional». Esta noción puede aplicarse á cualquiera acción en cualquier tiempo ó época y sea cual fuere la sociedad en que se ejecute, porque en todo pueblo hay siempre un conjunto de reglas ó elementos que constitu-

yen su moralidad y también acciones que la ofenden.

Resultaría que la *vendetta* corsa, no sería un *delito* según esta noción; y á la verdad, cuando la comunidad corsa exigía que se le practicase, de ninguna manera podría ser considerada como tal. Sería tal vez condenada como delito por otras sociedades, pero no así en una sociedad donde se practicaba, como una institución forzosa, cuya inejecución era considerada como una cobardía, una falta de moralidad y de honor; y lo que se puede decir de esta acción, se puede decir de todas las otras que han pasado al dominio de la historia.

#### V

Nuestro Código no define el delito como otros, en lo que procede perfectamente, porque en una legislación ordenada donde no deben existir otras acciones reprimidas que las que en ella se mencionan, es ocioso dar una definición desde que la persona encargada de aplicar penas al delincuente, no puede reprimir mas actos que los que prohíbe y señala como delitos, sin salirse de los límites que tiene marcado, fundado en ley anterior al hecho del proceso. No obstante, lo divide como otros Códigos en *crímenes, delitos y contravenciones* (art. 1º); división completamente inútil en la ciencia y en la práctica y cuya razón única es la de haber sido propiciado por el Código Francés que la inventó, pensando concordarle con las tres órdenes de Tribunales que estableció para la provisión de los delitos.

Los Códigos y tratadistas suelen dividir los delitos en *públicos y privados*. Llamen *públicos* á los que atacan directamente el cuerpo social en su existencia ó sus instituciones; y *privados* á los que ostensiblemente no dañan sino á la persona ó intereses de los particulares.

Como nuestro Código sanciona esta división, es conveniente explicar lo que significa.

Esta división se funda en la naturaleza y extensión del derecho violado, lo que inmediata y directamente se afecta por el delito. Si lo que se lesiona directa ó indirectamente es un derecho perteneciente á

la comunidad, que todos pueden involucrar, el delito es público; pero si lo que se afecta es el derecho de una persona ó de un número reducido, entonces el delito es privado.

Por ejemplo: toda la sociedad tiene derecho á que la moneda se conserve sin ser falsificada; por tanto si se comete una *falsificación de monedas*, se ataca directamente un derecho en el que todos tienen participación y en cuya conservación todos están interesados: el delito entonces es *público*. Pero se trata de un homicidio, de una lesión, de un robo y ú otro atentado contra el derecho de un particular, entonces el delito es privado.

La división de los delitos en *públicos y privados*, adoptada por nuestro código, es desechada por los autores modernos y ha perdido por lo tanto la importancia, que la hacía mantener en los Códigos por la doctrina de los expositores. Esta división introduce falsas ideas, que perjudican la claridad de la exposición y el fondo mismo de los Códigos que la han adoptado, haciendo suponer que existen muchos delitos, que no afectan á la sociedad sino exclusivamente al individuo. Todos los delitos privados producen efectos directos sobre toda la sociedad; un ataque al derecho de un consoziado repercute en toda la comunidad desde que implica una disminución de la seguridad general, que todo el cuerpo social está interesado en conservar. Por otro lado no hay delito *público*, que á mas del ataque llevado al derecho de todos, no perjudique especial y directamente á uno ó mas particulares: de donde se sigue que esta división no tiene ningun fundamento racional.

Dentro de las dos grandes categorías de *delitos públicos y delitos privados*, hacen los Códigos subdivisiones ó géneros de delitos que incluyen en una ú otra. Estas subdivisiones tienen por base el derecho especialmente atacado, el daño inmediato como dice Carrasa. Así nuestro Código en la Sección 1ª del Libro II divide los delitos privados en 1º: *delitos contra las personas* que comprenden el homicidio simple, el asesinato, el parricidio, el infanticidio, el aborto, el duelo. 2º *Las lesiones corporales*.

3º *delitos contra la honra* divididos entre los cuales figuran: el insulto, la violación, el estupro y corrupción de menores, el rapto. 4º *matrimonios ilegales* esto es las uniones contraindadas mediando impedimentos legales ó por medios dolosos. 5º *delitos contra el estado civil de las personas*, ó sean el parto ó preñez fingidos y la falsa filiación. 6º *delitos contra las garantías individuales*, entre los cuales incluye la sustracción de menores, el abandono de niños, la violación del domicilio, las amenazas y coacciones, descubrimiento y revelación de secretos. 7º las *injurias y calumnias*, ó sean los delitos contra la reputación; 8º *delitos contra la propiedad particular* que comprenden los robos y hurtos; las estafas y defraudaciones, la usurpación, la insolvencia punible, los incendios y otros estragos, los daños.

En la sección 2ª del Libro II, nuestro Código subdivide los delitos públicos: 1º, en *delitos contra la seguridad exterior del Estado*, que comprenden la traición, los que comprometen la paz ó la independencia del Estado y los que se cometen contra el derecho de gentes. 2º los *delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público* entre los cuales figuran la rebelión, sedición, motin y asonada, atentados y desacatos contra la autoridad y los delitos de imprenta; 3º *delitos peculiares á los empleados públicos* entre los que aparecen la usurpación de autoridad, abusos de autoridad, el prevaricato, el cohecho, insubordinación de los empleados públicos ó inexactitud en el ejercicio de sus funciones, infidelidad en la custodia de documentos, infidelidad en la custodia de presos, revelación de secretos, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones; 4º las *falsedades*, que comprenden las falsificaciones en general y el falso testimonio; 5º los *delitos contra la religión*, y 6º los *delitos contra la salud pública*.

La división y clasificación de los delitos, muy poca ó ninguna importancia tienen para la ciencia penal. Con todo, para los Códigos tienen alguna importancia *artística*, por cuanto la buena colocación y distribución



de las similitudes que contienen, puede contribuir á su claridad.

Tanto por aquella razón, como por que pronto vendrá el nuevo Código que ha de reemplazar al que estudiamos, no nos hemos de detener á examinar detalladamente las subdivisiones anunciadas. No obstante, no hemos de dejar pasar desapercibidos aquellos defectos capitales que en ellas resaltan, *prima facie*, y están al alcance de la más escasa penetración científica.

Así por ejemplo, en la subdivisión de los delitos privados notamos: 1º que las lesiones corporales deben estar incluidas entre los delitos contra las personas, porque no hay ningún delito más personal que la lesión 2º los matrimonios ilegales deben figurar entre los delitos contra el estado civil por que ambos atacan el orden y moralidad de la familia. 3º Entre los delitos contra las garantías individuales figuran la sustracción de menores y el abandono de niños, que deben también estar incluidos entre los delitos contra el estado civil, porque de ellos pueden resultar principalmente la pérdida del estado de familia de la víctima y ninguna relación tienen con las garantías individuales ó constitucionales entre cuyas infracciones aparecen estos delitos y 4º los incendios están colocados entre los delitos contra la propiedad, cuando más que tales, son delitos contra la seguridad pública. De otro modo no se explica que la Ley castigue á los que incendian su propia casa.

En la subdivisión y enumeración de los delitos públicos, nuestro Código incurrió también en flagrantes equivocaciones. Entre ellas notamos 1º que la colocación de los delitos de imprenta, entre los atentados contra la seguridad interior del Estado, es completamente arbitraria. En el Derecho Penal existe, una vivísima discusión, todavía no resuelta definitivamente, sobre si los delitos de imprenta tienen existencia y naturaleza propias, ó si mas bien la imprenta no es sino un medio ó su instrumento por el cual pueden cometerse toda clase de delitos, ni mas ni menos que con la palabra hablada y escrita.

Aún prescindiendo de esta circuns-

ta, muy digna de tenerse en cuenta y dando de barato que existen delitos especiales de imprenta, es forzoso convenir que los llamados tales por sus sostenedores, nada tienen que ver con la seguridad interior del Estado y sí mucho con los atentados contra el honor, el crédito y la reputación. 2º entre los delitos peculiares á los empleados públicos, figuran algunos que pueden ser y son cometidos frecuentemente por los particulares, tales como la usurpación de autoridad, el cohecho, los fraudes y exacciones y que en otros Códigos se registran entre los delitos contra la administración pública. Por último, el título de falsedades que llevan los delitos contenidos en la 4ª categoría, es notoriamente impropio. Lo que caracteriza á estos delitos no es la falsedad que existe en casi todas las infracciones criminales, y los que con ellos se ataca es la fe pública cuando se trata de las falsificaciones ó la administración de justicia cuando se trata del falso testimonio.

La Doctrina suele hacer otras divisiones. Así por ejemplo, por la duración de su ejecución divide los delitos en instantáneos y continuos. Aquellos se consuman en un solo acto como el homicidio, las lesiones etc, cualquiera que haya sido el tiempo en prepararlos. Estos se prolongan por un tiempo más ó menos largo. En estos delitos el agente está en un estado permanente de criminalidad, en una violación sucesiva y no interrumpida de la ley penal, como en los delitos de rebelión, sedición, detención privada etc.

Por el momento en que su perpetración se descubre, se llaman los delitos flagrantes y no flagrantes, según que hayan sido descubiertos, en el momento de su consumación ó después de consumados.

Por la manera de ejecutarse se dividen en positivos y negativos. En los primeros, el agente hace lo que la Ley prohíbe, en los segundos deja de hacer lo que la ley manda.

Los delitos son ordinarios y extraordinarios, comunes y militares, según las penas, formas y tribunales que los juzguen.

Tampoco no nos detendremos en el estudio de estas divisiones porque



tienen poca importancia. Basta que las conozcamos.

### Lecclón VII

Facetas diversas del delito—I *Actos internos*—  
II *Actos preparatorios*—III *Tentativa*—IV  
*Delito frustrado*—V *Culpa ó imprudencia*.

El delito es considerado tal, cuando ha sido consumado, pero desde el momento que una persona concibe ejecutarlo, hasta su completa perpetración, el hecho criminoso pasa por diferentes facetas ó estados, que algunos autores llaman *generación ó génesis del delito*.

Bajo esta terminología abarcan, no solamente los actos externos, que son los que ponen de manifiesto la idea de delinquir, sino también una serie de instantes conocidos por el nombre de *actos internos*, entre los que entran la *idea*, el *deseo* y la *resolución*, esto es, todo lo que ha podido agitarse en el ánimo del delincuente antes de manifestarse exteriormente.

Esta clase de actos, es evidente que no puede reprimirse y por lo tanto tampoco puede penetrar en los dominios del Derecho Penal; pues si el delito es tal, porque lesiona la moralidad media de la sociedad y causa un daño, se deduce que, cuando peca un individuo, no ofende el derecho ajeno y la sociedad no puede ni debe pedir cuenta á nadie de los malos pensamientos que ha tenido. Su comprobación sería además, sumamente difícil, sinó imposible.

Queda pues sentado, que los *actos internos* no pueden ser objetos de represión alguna.

### II

Siguiendo el desenvolvimiento del crimen, toma éste ya formas tangibles, se manifiesta en los hechos. Esta segunda faz representa bajo la forma de los *actos preparatorios*.

Los actos preparatorios son, como lo indica su nombre, aquellas acciones que tienen por objeto allegar ó facilitar los elementos necesarios para la consumación del crimen. Ellos pueden ser de distinta índole: hechos materiales positivos, como la compra de armas, escaleras etc; y actos inmateriales ó morales, como una conjuración ó complot.

La dificultad que se presenta sobre

este particular, es la de saber si, los actos preparatorios deben reprimirse ó nó. La doctrina mas generalizada es que, no deben reprimirse. En la mayor parte de los casos y por regla general debe ser así, porque á su respecto se está siempre en la duda de si se busca ejecutar una acción delictuosa ó una lícita; porque los actos preparatorios no se relacionan necesariamente con el delito y sí solamente por medio de presunciones y conjeturas, que en muchos casos amenazarían la inocencia y peligrarían la libertad. Un arma puede servir para cezar y también para matar; una escalera puede servir para robar y también para trabajar. De modo que por estas consideraciones, la represión de los actos preparatorios es generalmente rechazada en la doctrina y en la práctica. No obstante, las leyes escritas suelen establecer que los actos preparatorios deben ser castigados, cuando por sí solos constituyen un delito *sui generis*: tales son la *vagancia*, la *conspiración* ó complot y el caso del art. 474 de nuestro Código Penal.

Otra doctrina sobre el particular sostiene que los actos preparatorios, aún sin constituir delitos *sui generis*, deben reprimirse cuando los caracteres especiales que presentan son de tal índole que no puede haber duda sobre la intención del agente de cometer el delito, casos en que los actos preparatorios vienen á revestir los caracteres de una verdadera tentativa y que deben reprimirse como tal y no como un delito *sui generis*.

Así un ladrón que ha tenido diversas entradas en la policía, se le encuentra con instrumentos apropiados para cometer un robo y cerca de un tesoro, á un asesino reincidente, se le sorprende en situación tal que puede afirmarse trata de llevar á la práctica un asesinato; en estos casos y otros semejantes, deben considerarse los actos preparatorios como tentativas de los delitos mencionados y reprimirse á sus autores, pues la ley no puede presumir cándidamente, que esos individuos iban á ejecutar un acto lícito.

La regla general debe ser: que los actos preparatorios no se repriman desde que en ellos no pueda verse



claramente lo que quiere el agente, su propósito criminal. Pero, una vez que exista la completa certidumbre, manifestada por actos externos, que el agente quiere delinquir, es evidente que ya hay todo lo que la sociedad necesita para ejercer un magisterio primitivo.

En contraposición á la sana doctrina que hemos espuesto y como una excepción entre los códigos modernos, el nuestro castiga los actos preparatorios, confundiendo los con la tentativa. En efecto, el art. 22 establece: que cuando la tentativa criminal se delinea en los *actos preparatorios* del hecho constitutivo del crimen, la *tentativa* se castigará del modo siguiente.

1º Si el crimen consumado tenía pena de muerte ó presidio mayor por tiempo indeterminado, con uno ó dos años de presidio mayor ó menor.

2º Si la pena del crimen consumado es de presidio mayor ó menor, por tiempo determinado, con seis ó doce meses de prisión.

3º Si la pena del crimen consumado es prisión, con ocho días á un mes de arresto ó apercibimiento público, según los casos.

### III

Saliendo de los actos preparatorios entre el criminal en los actos de ejecución, cuyo primer estado es la tentativa,

Hay tentativa, dice nuestro Código (art. 15), siempre que con la intención de cometer un crimen, se ejecuten actos exteriores que tienen por objeto la consumación ó perpetración de ese crimen. Es decir, que debe haber la intención de delinquir manifestada claramente por actos exteriores.

La definición de nuestro Código es deficiente, porque atendiendo á su texto, los actos capaces de manifestar una resolución criminal podrían ser simplemente preparatorios y entonces no habrá un criterio seguro para distinguir entre ellos y la tentativa. Es necesario pues que entre los actos manifestos y el crimen haya una relación directa, cierta, inequívoca que no deje lugar á vacilación alguna, para que la *tentativa* exista realmente.

Preocupándose de esta relación, los escritores han buscado una palabra que la precise. Los autores fran-

ceses, en su mayor parte, dicen que es menester no haya *ambigüedad*. Los italianos siguiendo á Carrara, consideran condición indispensable que los actos externos que se quieran imputar como tentativa tiendan *inequívocamente* al delito; de manera que la *inequívocidad*, es para este criminalista el digno característico y la condición precisa de la tentativa. En verdad, esta palabra expresa gráficamente el carácter típico de la tentativa y la han aceptado los penalistas italianos posteriores á Carrara.

Muchos escritores, sostienen que para que haya *tentativa*, ella ha de consistir en la presencia de un hecho manifestada por actos exteriores suficientes ó idóneos para alcanzar el fin. Da suerte que si los medios empleados no son idóneos ó susceptibles de conducir al fin propuesto, no habría tentativa punible, porque el que ha intentado cometer un delito por un medio no idóneo no ha ofendido, en manera alguna, la sociedad y en consecuencia no se le podría imponer pena.

Esta doctrina llamada *objetiva*, muy difundida en Italia, Francia y Alemania, exige que se haya realizado un fragmento ó parte del crimen para que se pueda imponer pena; de modo que, si no se realiza esa parte ó fragmento del delito no puede haber lugar á la imposición de un castigo. Sus partidarios, entre ellos Carrara, sostienen que en la tentativa no se castiga la *criminalidad* del agente revelada por sus actos exteriores, sino el *hecho* acompañado de la *criminalidad* del agente.

Un número respetable de escritores alemanes sostiene una doctrina contraria, llamada *subjetiva*. Por ella se establece que cualesquiera que sean los medios empleados por un individuo que se ha propuesto cometer un delito, él debe ser reprimido, aunque el delito fracase. La insuficiencia de los medios para llegar al fin nada importa: lo que interesa en todos los casos y lo que se debe considerar es el agente, su voluntad de delinquir, sus propósitos revelados por el acto exterior. Agregan, además, que no se trata por la represión, de considerar la parte del mal material, sino solo de conocer

la persona criminal, á la que debe aplicarse la pena según sus consideraciones morales.

Hay una tercera doctrina, la de Garófalo. Entiende este pensador que los medios mismos deben tomarse como base para establecer, cuándo se ha de reprimir ó nó la *tentativa*. Si por ellos se puede conocer con seguridad el designio y la aptitud de delinquir, la represión vendrá; pero si de la misma insuficiencia de los medios se dedujera la ineptitud del agente, no habrá lugar á represión, cualquier que fuera el hecho en sí mismo. De manera que él piensa que los hechos externos son verdaderos reveladores de la capacidad criminal del agente y por tanto del peligro social que representa.

Da dos ejemplos para hacer notar cómo la elección de los medios influye para poner de manifiesto al criminal. Así, supóngase que un individuo toma un arma, seguro de que será eficaz para el delito que proyecta y por causas ajenas á su voluntad, resulte inútil, lo que le impide realizar su propósito. Esa insuficiencia del arma nada demostraría, tocante á la intención del agente, que ha hecho todo lo posible para consumar el delito. En este caso hay lugar á represión. Pero á la inversa: un individuo trata de envenenar con sal ó azúcar, creyendo que es una sustancia eficaz para consumar su delito; aquí no habría crimen, nó precisamente por la insuficiencia del medio, sino porque esa misma insuficiencia es una prueba evidente de la falta de aptitud del sujeto para delinquir, al haber creído poder envenenar con una sustancia inofensiva; por tanto, se llegaría á esta conclusión: que la sociedad tendría delante de sí á un imbécil, un tonto, respecto del cual deberían tomarse más bien medidas para su curación; la represión no se justificaría porque vendría á ser un acto tírico.

La teoría que acabamos de exponer, no es nada más que una variante de la teoría subjetiva, pero es la más aceptable de las tres, porque considera al mismo tiempo al medio, que los subjetivistas descuidaron.

Algunos autores y Códigos suelen dividir la tentativa en *próxima remo-*

*ta y calificada*, pero esta división ha sido ya definitivamente rechazada por los autores modernos, por la dificultad casi insalvable de distinguir la *tentativa remota* de los hechos preparatorios y la *próxima* del *delito frustrado*.

La justicia exige siempre una pena para la tentativa, que supone un mal efectivo y la intención de causar-lo. ¿Cuál debe ser esta pena?

A pesar de la autoridad del Código Francés y de algunas leyes históricas, como la legislación romana, que castigan la tentativa de ciertos delitos con la misma pena que la infracción consumada, la casi unanimidad de escritores y legislaciones imponen menor pena á la tentativa que al delito consumado.

Se fundan para ello en que la tentativa es correlación al delito, lo que la parte es al todo; que el delincuente detenido en su obra no puede producir el daño moral y material que engendra la infracción á más de la consideración muy atendible de que, no habiendo llegado un individuo á la completa perpetración del crimen, podría detenerse en el camino y volver sobre sus pasos, amoldándose á las exigencias sociales, arrepentimiento, cuya puerta conviene dejar siempre abierta. Además, es conveniente que las penas vayan escalonándose de tal manera, que sucesivamente el delincuente tenga que salvar obstáculos mayores, nuevas dificultades, que aumenten su temor, de modo que volviendo en cualquier momento su vista al desistimiento, lo encuentre siempre más fácil y conveniente que el crimen.

A estas ideas responden enteramente las disposiciones del título 2º de nuestro Código.

El art. 20 establece 1º *Si el crimen consumado tenía pena de muerte, los tribunales pronunciarán la de presidio mayor ó menor por tiempo indeterminado*—2º *Si el crimen consumado debía castigarse con presidio mayor ó menor por tiempo indeterminado ó por quince años al menos, la tentativa será castigada con presidio mayor ó menor por cinco ó diez años.* 3º *En los demás casos privativos de libertad por cierto tiempo, el mínimum de la pena señalada contra el crimen consu-*

*mado se disminuirá en la cuarta parte ó la mitad, sin que pueda nunca pasar de este límite.*

Dice el art. 16 de nuestro Código Penal: *la tentativa no está sujeta á pena alguna cuando el agente desiste de su empresa deteniéndose en la ejecución de ella, no por obstáculos exteriores, por impotencia ó casualidad, sino por un morimiento espontáneo de su voluntad, de su conciencia ó por piedad ó temor de la pena.*

Este artículo fué tomado por el Dr. Tejedor del art. 58 del Código de Baviera. «El que se abstiene espontáneamente—dice el comentario oficial de este código—de la consumación del crimen, sin detenerse por circunstancias exteriores independientes de su voluntad, no debe ser castigado como culpable de tentativa, tanto porque su abstención merece por sí sola esa consideración, cuanto porque importa al Estado impedir la consumación de los crímenes y estimular á los malhechores á desistir de sus designios criminales, prometiéndoles la impunidad cuando los abandonan por escuchar la voz de su conciencia».

Mientras la resolución criminal subsiste—dice el Dr. Rivarola—y está manifestándose por actos exteriores, existe un peligro para la sociedad que justifica el interés de la represión—Pero ese peligro desaparece si el actor encuentra en su propia voluntad fuerzas morales bastantes para cambiar su resolución, y por el contrario interesa á la sociedad mantener una invitación al desistimiento. «La justicia humana, pregunta Rosi, rechazaría la voz del arrepentimiento cuando se hace oír antes de la consumación del crimen? Este rigor le es innecesario, no tiene derecho de emplearlo. La tentativa se guía de desistimiento voluntario, no solamente no ha producido el mal que el autor había tenido en vista, sino que no inspira mucha alarma. El hombre cree fácilmente en el arrepentimiento; es un esfuerzo sobre nosotros mismos; y todos comprendemos cómo nos es necesario que el arrepentimiento no sea ineficaz.»

Dice el art. 17: *La ley presume el desistimiento voluntario, tocando por lo tanto á la acusación, probar, que la tentativa ha sido interrumpida por*

*circunstancias fortuitas é independientes de la voluntad del autor.*

Las mismas consideraciones aplicadas al artículo anterior, abonan la legitimidad de la presunción declarada por este artículo, aparte de que, como dice el Dr. Rivarola, siendo las presunciones de derecho, soluciones arbitrarias autorizadas por las dificultades de la prueba, sería injusto y despótico aumentar el número de las desfavorables á la inocencia.

Dice el art. 18 de nuestro Código Penal: *el que se detiene voluntariamente en la ejecución de un crimen, pero con la idea de consumarlo en otro tiempo, en otro lugar, sobre otra persona, ó de cualquier otro modo, será castigado como si hubiese dejado de cometerlo por circunstancias independientes de la voluntad*

Efectivamente, en los casos de este artículo, el agente debe ser reprimido desde que no ha habido desistimiento voluntario, único caso en que puede ampararse en los artículos 16 y 17. Pero es innecesario que la ley dijese esto, dice Píñero, porque nadie podrá creer que por haberse detenido un individuo en la ejecución de un delito para consumarlo en otro tiempo, en otro lugar etc. haya desistido voluntariamente, porque si la resolución persiste, es que hubo obstáculos para ejecutarlo ó se ha creído conveniente tomar nuevas medidas para conseguir más fácilmente el propósito que se persigue.

Establece el art. 19 que: *en los casos en que la ley castiga la tentativa de crímenes que tenga pena de muerte, presidio ó penitencia, el autor de la tentativa será sin embargo sometido á la vigilancia especial de la autoridad.*

Esta vigilancia no es una pena, sino una medida necesaria para prevenir los crímenes dice el Doctor Tejedor. Las leyes antiguas exigían en este caso, la caución de *non offendendo*. Concuena con el art. 37 del Cód. de Bolivia y 59 del Cód. de Baviera.

Dice el art. 23. *Si la tentativa constituye por sí misma un crimen completo, se aplicará el máximo de las penas expresadas, á menos que la pena del crimen completo contenido en la tentativa, sea mas grave que la del crimen tentado, en cuyo caso se aplica-*

*rá la pena mas grande, independientemente de cualquiera consideración.*

Un caso típico es el de Luis Castruccio que en Buenos Aires en el año 1889, aseguró la vida de un sirviente suyo llamado Alberto Constantín y en seguida lo envenenó pretendiendo estafar por este medio á la Compañía de Seguros. No obstante que, á ningún Juez dotado de sentido comun habia de ocurrírsele castigar en este caso á Castruccio por tentativa de estafa y nó por el asesinato, con todo, es conveniente esta disposición para cortar toda discusión que pudiese suscitarse sobre el particular y evitar las sorpresas de una defensa hábil y audaz.

#### IV

Un paso mas hacia la consumación del crimen, es el *delito frustrado*, es decir, aquel en que el delincuente ha puesto de su parte todos los medios de ejecución necesarios para la completa consumación del crimen y este ha fallado por una causa imprevista ajena á la voluntad del criminal. Así por ejemplo, un asesino hunde el puñal en el cuerpo de su víctima; otro le obliga á tomar un veneno destinado á producirle la muerte; nada falta ya para obtener el resultado deseado, *sín embargo*, el homicidio no se efectúa por una circunstancia feliz cualquiera, como por ejemplo los auxilios oportunos de un médico. En este caso no puede decirse que ha habido simple *tentativa* porque la ejecución ha concluido; tampoco puede decirse que ha habido *crimen consumado*, puesto que sus efectos no se han producido; lo que ha habido es un *delito frustrado*.

Algunos escritores han sostenido que el delito frustrado no es sino el último escalón de la tentativa. Efectivamente, el límite que separa el delito frustrado de la tentativa próxima, es en la práctica incierto y confuso, porque la diferencia es muy sutil; pero esto no quiere decir que no se distingan por caracteres bien definidos. La diferencia esencial entre estas dos fases del delito estriba en lo siguiente: en la tentativa, el culpable aun que ya se encuentre en la pendiente del delito, aun no ha consumado su perpetración, tiene todavía la posibilidad de desistir; mientras que en

el delito frustrado ya no hay lugar para el desistimiento, el agente nada mas pudo hacer para consumar su crimen, su acción criminal está concluida. En el primer caso, un momento de arrepentimiento puede suspender la empresa criminal, mientras que en el segundo ya no hay tiempo para retroceder, la ejecución del crimen deja rastros indelebles.

El delito *frustrado* se distingue del *consumado* en que en él falta la realización efectiva del hecho intentado; y se diferencia de la *tentativa* en la decisión de la voluntad criminal, sostenida hasta llegar á la realización misma del propósito intentado.

Está el delito frustrado á igual distancia de uno y otro extremo y no puede por lo tanto ser comprendido en ninguno de ellos.

Sobre la penalidad del delito frustrado, los autores y las legislaciones se dividen. Los que sostienen la necesidad de aplicarse una pena inferior al delito frustrado que al consumado, se apoyan en la consideración de que: no habiéndose realizado el delito, el daño que se ha producido á la sociedad es menor, y de consiguiente la pena del autor debe ser tambien menor.

A lo que agrega Rossi que hay una propensión ó tendencia arraigada en el espíritu humano de juzgar el mérito ó demérito de las acciones por el éxito que se obtiene; y así, si el arma destinada para matar se desvia al ejecutarse el hecho, este accidente es una suerte para el que ha intentado realizar el delito que debe tenerse en cuenta. Esta teoría se llama *objetiva*.

Los partidarios de la teoría contraria llamada subjetiva, contestan que la penalidad no tiene por objeto medir el daño material causado, sino castigar al agente, en razón de su voluntad criminal para impedir que en lo sucesivo cometa nuevos delitos y para que no lo imiten los demás. Es inexplicable para ellos, la intervención en la pena de algo que le es extraño como la cantidad del perjuicio causado, que debe tenerse en cuenta según Villey para repararlo y nó para reprimirlo.

Como ambas teorías tienen su parte de razón, puesto que la pena en todos los casos debe consultar la or-



luntad criminal y el daño, el sujeto y el objeto en lugar de sancionarse exclusivamente la tesis de una escuela u otra, debe adoptarse una doctrina intermedia, por el que se dé á ambos elementos la importancia que tienen como criterio para la correcta imposición.

Sobre este particular sería conveniente que la ley impusiese al Juez el deber de averiguar en todos los casos ocurientes. los antecedentes del criminal; y si resulta de esa investigación, que se encuentra delante de una voluntad persistente hacia el delito, de un individuo peligroso por su indole perversa y su vida desarreglada, imponerle la misma pena que al delito consumado, con escepción de la pena de muerte, cuya aplicación debe restringirse todo lo posible.

Nuestro Código no menciona el *delito frustrado*. No obstante del texto del art. 21, así como del comentario oficial del art. 61 del Cód. de Baviera, de donde fué tomado, resulta que esa disposición se refiere al *delito frustrado* que el doctor Tejedor consideraba simplemente como el último escalón de la tentativa.

En efecto, ese comentario pone por ejemplo de este caso, el de un *individuo que prepara y hace beber un veneno, pero no se sigue la muerte por un hecho fortuito*; agregando que los tratadistas suelen llamar este grado de la tentativa *crimen frustrado*.

#### V

El delito puede resultar incompleto, no solamente por falta de los hechos de ejecución, sinó también por deficiencia del elemento moral. Hemos visto ya los diferentes estados que ofrece la ejecución de un delito; nos toca ahora tratar el delito incompleto por falta del elemento moral.

El delito es perfecto y la responsabilidad es íntegra cuando se ha ejecutado á designio un hecho criminal; cuando ha habido dolo de parte del agente; pero puede suceder que la voluntad no aparezca y sin embargo el delito existe; tal es el caso en que un individuo ejecuta un acto que tiene consecuencias funestas para la sociedad sin intención criminal: este hecho se llama *culpa ó imprudencia*.

El acto es punible y así lo establece

ce la ley penal, porque como dice el art. 24 de nuestro Código, el que lo ejecuta «viola el deber que tiene todo hombre de proceder en lo que emprenda con la atención y reflexión necesarias para no causar perjuicios involuntariamente á los derechos de los demás ni á las leyes del Estado.

La culpa está entre la voluntad criminal *dolus* y la fuerza mayor *casus*. Se distingue del *dolo* en que este supone una intención culpable, y de la fuerza mayor *casus* en que esta supone un acontecimiento imposible de preverse ni de impedirse, mientras que en el caso de imprudencia ha habido siempre posibilidad de evitar el perjuicio causado. De esta posibilidad es de donde se deriva la inculpabilidad del que causa el perjuicio.

Los elementos de toda culpa son pues el *daño producido*, *ausencia absoluta de voluntad criminal* y *FALTA DE DEBIDA DILIGENCIA*.

De diferentes maneras aparece legislada la culpa ó imprudencia en los Códigos.

Tres son los sistemas mas usuales. 1er. sistema, se establecen las penas correspondientes á los delitos perfectos y á continuación como agregados si establecen las penas para los casos en que esos delitos son cometidos por culpa ó imprudencia; 2º se legisla la culpa entre las disposiciones generales en términos aplicables á todos los casos; y 3º se considera la culpa como un delito *sui generis* llamado *imprudencia temeraria*, cuya pena debe variar segun la magnitud del daño.

El primer sistema, el mas recomendado por la ciencia, por su sencillez y claridad, es seguido por los Códigos modernos mas adelantados del mundo: los Códigos Holandés, Italiano, Húngaro y Uruguayo. El 2º sistema es seguido por el Código Argentino y el nuestro actual. El 3º es seguido por el Código Español.

Los escritores y las legislaciones acostumbran distinguir grados en la culpa lo mismo que en la tentativa. Pero si tal cosa es dificultosa en esta, no lo es menos en aquella, porque es muy difícil decidir por reglas trazadas de antemano, si el agente ha tenido ó no posibilidad de prever el



daño y consiguientemente el grado de negligencia en que ha caído.

El temperamento, la educación la condición social, los conocimientos, las impresiones del momento, las circunstancias exteriores, imprimen modificaciones á la culpa en cada persona.

Sin embargo es notorio que no todas las culpas son igualmente graves; por eso las legislaciones se han ocupado de hacer siquiera categorías generales, grandes clases en que pueden caber diversas variedades de culpa.

Unos penalistas proponen tres grados como en el Derecho Romano; *graves, leves y levisimas* pero esta división ya está abandonada en el Derecho, por la extrema dificultad que hay para indicar los signos característicos de un término medio en materia en que todo depende de un hilo psicológico muy delgado. En vista de esta dificultad las legislaciones han adoptado unánimemente la división *bi partita* en *culpa grave* y *culpa leve*. Hay *culpa grave* cuando el autor del daño ha podido prever el perjuicio de su acción y sin embargo no se abstuvo de ella por pasión irreflexiva ó ligereza, y *culpa leve* cuando la acción cometida por imprudencia no tiene más que una relación lejana con el resultado ilegal y no ha podido preverse sino como un efecto posible pero no acotumbrado.

Nuestro Código sanciona esta división ocupándose de la culpa grave en el art. 25 y de la culpa leve en el art. 26.

La *culpa es grave* dice el primer artículo citado:

1º Cuando el autor del daño se ha apercibido del peligro de su acción y sin embargo no se abstiene de ella por irreflexión ó ligereza.

2º Cuando el hecho encierra en sí mismo tal grado de peligro, que basta la menor atención de parte del delincuente para apercibir el resultado ilícito

3º Cuando por razón de sus conocimientos personales ó de las circunstancias en que se encuentra el delincuente fuese capaz de prever el peligro de su acción ó prevenir sus desagradables consecuencias.

4º Cuando el hecho ejecutado con imprudencia era ya ilícito y prohibido por otros motivos.

5º Cuando independientemente de la obligación general de todo hombre de abstenerse de actos peligrosos el delincuente tiene deberes particulares resultantes de su estado, proferir compromisos contrarios á otras circunstancias análogas, que le obliguen á una diligencia y atención especial.

6º Cuando sin haber recibido del Estado autorización para ejercer una ciencia arte ó profesión, ni verse obligado por una circunstancia urgente y legítima, ejecuta algo que supone el conocimiento ó la práctica de esa ciencia arte ó profesión.

7º Cuando en el ejercicio de un arte ciencia ó profesión con autorización comisión del Estado, se causa no obstante daño, provenientes de la falta de conocimientos ó talentos manuales exigidos por la ciencia arte ó profesión.

Examinados los siete incisos de este artículo, se vé que la circunstancia común á todos ellos, el hecho que los caracteriza y determina es, la de que el agente ha podido prever el resultado de su acción y sin embargo, no se abstuvo de ella por irreflexión ligereza. De donde se deduce, que todos ellos están englobados en el inciso 1º. Dejando pues únicamente este inciso y suprimiendo todos los demás la ley hubiese conseguido dos ventajas no despreciables 1º evitar un fárrago de disposiciones inútiles y perjudiciales puesto que restringen la aplicación de la ley á la casuística allí establecida y 2º establecer una regla general amplia capaz de resolver todos los casos que puedan presentarse, ventaja muy apetecible en el Derecho Penal en general y en esta materia en particular.

El art. 27 del Código Penal castiga la culpa grave con la pena de prisión.

1º De ocho á diez y seis meses si la acción culpable acompañada de voluntad criminal hubiese constituido un crimen pasible de la pena de muerte.

2º De cuatro á ocho meses si en la hipótesis indicada la pena hubiese sido la de presidio mayor ó menor.

3º De quince días á dos meses si la pena con intención criminal hubiese sido la de prisión por más de un año.

4º De uno á cinco días si la pena im-  
puesta al hecho acompañado de inten-  
ción criminal hubiese sido la de pri-  
sión por más de seis semanas.

La culpa es ligera dice el art. 26  
Código Penal.

4º Cuando la acción cometida por  
imprudencia no tiene más que una re-  
lación lejana con el resultado ilegal y  
no ha podido preverse sino como un  
efecto posible pero inverosímil y no  
acostumbrado.

2º Cuando en el caso segundo del  
art. 25 el agente por debilidad de es-  
píritu ó por efecto de una afección mo-  
ral no imputable pero susceptible de  
perturbar la atención y reflexión no  
haya podido prever fácilmente el ta-  
maño del peligro de su acción ó no ha-  
ya podido impedir su resultado perju-  
dicial, sino por medio de un esfuerzo  
extraordinario del cuerpo ó del espí-  
ritu.

3º Cuando el agente se haya visto  
obligado por circunstancias urgentes  
y que no puedan imputársele á tomar  
resoluciones súbitas.

4º Cuando el acto peligroso se haya  
cometido en el cumplimiento de un de-  
ber de las funciones propias ó de cual-  
quiera otra clase por puro exceso de  
celo.

En este artículo como en el 25 solo  
el primer inciso debe quedar subsis-  
tente. Todos los demás deben ser  
suprimidos.

El inc. 2º debe desaparecer porque  
es inadmisibles de acuerdo con los  
principios sustentados por nuestro  
Código que sea responsable de sus  
actos en lo más mínimo, el que por  
una debilidad orgánica ó por otras  
fuerzas mayores, no tiene ni puede  
tener conciencia de la criminalidad  
de su acción, ó no ser por un *esfuer-  
zo mental extraordinario* cose que  
nunca debe ni puede exigirse á nadie.  
Este inciso está además en contra-  
dicción con el inc. 3º del art. 148 del  
mismo Código que sienta la buena  
doctrina.

El caso del inc 3º del artículo que  
examinamos no puede en manera al-  
guna ser de culpa ó imprudencia, por-  
que no encierra ninguna falta de la  
debida diligencia. El individuo co-  
noce perfectamente el resultado de  
su acción, pero no está en sus ma-  
nos evitarlo y la comete con voluntad

íntegra y completa, circunstancia  
que excluye la idea de la culpa. Es  
un delito completo por el hecho y la  
intención y la urgencia si puede ser-  
virle de causa atenuante y hasta exi-  
mente de responsabilidad segun los  
casos, no puede surtir el efecto de  
cambiar la naturaleza del hecho.

Por último la razón, la justicia y la  
equidad exigen que esta inc. 4º sea  
también suprimido. Si de un juicio  
criminal resulta que el agente solo  
cometió el daño por cumplir sus de-  
beres con exceso de celo el legislador  
debió tener en cuenta el móvil que le  
impulsó para no castigarlo en mane-  
ra alguna. Hay que estimular, el ce-  
lo por el deber en los empleados pú-  
blicos aunque algunas veces de su  
exceso pueda resultar algun perjuicio  
á la sociedad.

El art. 28 castiga la culpa leve con  
arresto:

1º De uno á cuatro meses si se tra-  
ta de crímenes contra los cuales la ley  
imponer pena de muerte.

2º Con seis días á un mes de arres-  
to si se trata de crímenes cuya pena  
sea el presidio mayor ó menor.

3º Con uno á seis días si se trata  
de crímenes castigados con prisión  
por mas de un año.

La división de la culpa en *grave* y  
*leve* así como la penalidad que le im-  
pone nuestro Código, es aceptada por  
la doctrina.

Lo que no es aceptable bajo nin-  
gun concepto, es la enumeración de  
los casos que hace el Código porque  
en un hecho como la culpa que re-  
viste formas tan variadas en que en-  
tran por mucho los infinitos matices  
que puede ofrecer el acto la enume-  
ración (forzosamente limitada), no  
hace sino restringir la estension de  
la ley y embarazar el criterio judicial  
de suyo tan estrecho en materia cri-  
minal.

### Leción VIII

Factores del delito—I Consideraciones genera-  
les—II Factores antropológicos ó individua-  
les: edad, sexo, raza y herencia—III Fac-  
tores físicos: el clima y la temperatura.

#### I

En Sociología criminal se denomi-  
nan *factores del delito* los hechos ya  
sean del orden físico ya del orden so-  
cial que alguna influencia tienen so-  
bre su nacimiento y desarrollo.

Ya hemos dicho que el delito es un fenómeno natural biológico y social, que tiene sus raíces y causas generadoras en la sociedad; fuera de esta no hay delito. Conviene pues conocer estas causas ó factores, por la aplicación práctica á que puede conducir en la lucha que la sociedad mantiene con el crimen.

El estudio de los factores del delito no ha empezado en estos últimos tiempos, como se afirma comunmente, aunque en realidad es cierto, que la escuela positiva nacida ayer, es la que ha dado á esta materia la importancia que actualmente tiene. Para probarlo bastaría recordar al fundador de la escuela clásica Beccaria, quien en su libro *del delito y de la pena*, atribuía el crimen á los siguientes motivos: la multiplicidad y oscuridad de las leyes esto es la multiplicidad y oscuridad de las incriminaciones y prohibiciones de la ley, la ignorancia, la relajación de las costumbres, la falta de educación y la carencia de sentimientos y prácticas religiosas.

Romagnosi ya había dicho también que el crimen provenía de las causas siguientes: de la falta de educación, de la carencia elementos de subsistencia de la ausencia de vigilancia y de la falta de justicia.

Pero corresponde á los escritores italianos y franceses de la escuela positiva, la iniciativa de haber buscado una clasificación completa de los factores del delito. Entre esas clasificaciones la más generalmente aceptada es la de Ferri.

Teniendo en cuenta que las acciones del hombre de cualquiera naturaleza que sean son siempre el resultado de un organismo fisiológico y psíquico, en combinación con el medio ambiente físico y social Ferri distingue tres categorías de factores: *factores antropológicos ó individuales*, *factores físicos* y *factores sociales*.

La primera categoría la subdivide en tres clases: la 1ª la que se refiere á la *constitución orgánica* del delincuente en la que influyen las anomalías de ese género, que presentan en el cráneo y en el cerebro, en la sensibilidad y la actividad refleja etc. La 2ª la que se refiere á la *constitución psíquica* del delincuente en la que co-

loca todas las anomalías de la inteligencia y de los sentimientos, particularmente del sentido moral; la literatura y la jerga criminal en la 3ª *los caracteres personales* del delincuente las que comprenden además de sus condiciones biológicas como la raza el sexo etc. las que Ferri llama *biológicos sociales*; tales son: la profesión, el estado civil, la educación etc.

La segunda categoría denominada *factores físicos*, abraza todas las causas provenientes del ambiente físico externo como el clima, la temperatura, la producción agrícola etc.

Por último, en la tercera categoría denominada *factores sociales*, coloca todos los que provienen del ambiente social en que vive el delincuente: como el estado de la opinión pública, de las costumbres, la religión, la densidad de la población, la política, el estado económico etc.

A pesar de ser esta clasificación la menos imperfecta de las presentadas por la nueva escuela, ha sido criticada en muchas de sus conclusiones.

Entre los defectos de que adolece se ha notado en primer lugar que Ferri coloca la instrucción, la educación y la profesión entre los factores antropológicos ó individuales bajo la denominación de *biológico-sociales*; *biológicos* porque pertenecen al individuo y *sociales* porque este los adquiere, en su vida de relación en la sociedad. Pero es notorio que estos elementos son enteramente sociales. No hay por consiguiente necesidad de una división intermedia individual-social, sino que debe colocarse directamente entre los factores sociales.

En segundo lugar incluye Ferri entre los factores individuales la literatura y la jerga criminal, pero es bien notorio que éstas más que factores del crimen son manifestaciones de él, puesto que por razón de ellas no se aumentan las ocasiones del delito.

Así es que la clasificación de Ferri, solo puede ser aceptable, depurada y corregida.

Hacer un estudio minucioso del papel y de la fuerza atribuidos á los distintos factores de la criminalidad sería muy largo; debemos limitarnos á conocer los más interesantes bajo



el doble punto de vista teórico y práctico.

## II

**EL DELITO Y LA EDAD**—En las estadísticas que trae Quetelet en su libro *Física Social* decía este sociólogo eminente, que desde la edad en que un individuo carece de energía para ir al crimen, hasta aquella en que adquiere la mayor impulsión iba creciendo progresivamente su tendencia hacia él. Establece luego los distintos periodos de la edad en los que esa fuerza impulsiva es mas vehementemente, colocando el máximo entre los 20 á 30 años y como término medio al rededor de 25. Otros investigadores entre ellos Lombroso, sostienen que es exacta esta tesis de Quetelet.

No han faltado sin embargo quienes impugnaran esta teoria. Así Colajani sostiene que no se puede indicar un periodo fijo de mayor inclinación al delito, porque esta varía de país á país y dentro de una misma nación de periodo en periodo. Para sostener su tesis cita como ejemplo, que en los pueblos del Norte de la Europa, se retarda la época en la cual la inclinación al delito aparece con cierta impetuosidad en relacion con los del medio día, dando como explicación de este fenomeno, el hecho de que el desarrollo individual, es mas precóz en los pueblos del Sud que en los del Norte. Esta afirmación de Colajani ha sido á su vez refutada por algunos autores, que fundándose en las cifras estadísticas de la Inglaterra, niegan la mayor precocidad de los pueblos meridionales respecto del Norte.

Sin entrar á averiguar donde está la verdad en estas opiniones divergentes, puede sentarse como un principio general que las inclinaciones del hombre hacia el crimen, crecen con la edad, llegan á una época en que adquieren su máximo de impetuosidad y declina despues.

También se ha observado que según el periodo de la vida el individuo se inclina á cierta clase de delitos mas que á otras. Así los delitos contra la propiedad, como las estafas, defraudaciones son mucho mas frecuentes en la edad madura en que el cálculo predomina mientras que los de-

litos violentos son mas propios de la edad juvenil en que las pasiones son mas vivas. Por eso decía Quetelet que cada edad tiene su criminalidad particular.

**El delito y el sexo**—Las estadísticas criminales, demuestran con el argumento incontestable de los números, que la mujer contribuye como agente directo de la criminalidad en una proporción muchísimo menor que el hombre, generalmente del 15 al 25 %. La diferencia sería aun mayor, dice Proal, si al número de los acusados se agregara el de los militares condenados por los consejos de guerra por delitos del derecho común, que no figuran generalmente en las estadísticas.

¿Cuál es la razón de esta inmensa desproporción entre la criminalidad masculina y la femenina? El sabio italiano D'Aguanno presentó al Congreso Antropológico Criminal, reunido en París en 1889, una monografía en que apuntó las causas fisiológicas y morales, que explican esta diferencia de los sexos en la etiología criminal.

La capacidad craneana de la mujer es inferior á la del hombre en la razón de 142 á 220, lo que quiere decir que en la mayoría de los casos la mujer es inferior en inteligencia al hombre. La Historia lo comprueba: ningún gran descubrimiento que honre á la humanidad ha tenido por autor á una mujer. En la literatura como en las ciencias, en las industrias como en las artes los mas célebres representantes han sido siempre del sexo masculino. Hasta en la música que las mujeres cultivan con ardor, todas las grandes notabilidades son hombres. Pues bien, esa estrechez de su inteligencia no les permite concebir preparar, madurar y resolver los grandes crímenes que necesitan una reflexión concentrada, fría y profunda coronada por una resolución enérgica.

Ademas la constitución fisiológica de la mujer, produce en ella un carácter menos impetuoso, menos agresivo; las pasiones se manifiestan con poca intensidad; la veleidad de sus sentimientos, la liviandad natural de su espíritu, no le permiten esas bravías explosiones de odios, de venganzas.

zas y de ira, que suelen ser los mas frecuentes motivos de los grandes crímenes.

La debilidad intelectual de la mujer en unión de su debilidad física explica como son tan raros los asesinatos y robos cometidos por ellas. Los delitos de alguna importancia que las mujeres suelen cometer en una proporción mayor que el hombre como el infanticidio y el aborto tampoco son producidos en su mayor parte por el cálculo feroz como en los hombres, sino generalmente para ocultar faltas que las comprometen en el respeto y consideración sociales; y esta es otra revelación mas de su flaqueza intelectual puesto que debió tener en cuenta que no hay deshonra mayor que el crimen.

A las causas indicadas se unen tambien causas de otro orden. La vida sedentaria y tranquila que lleva la mujer, encerrada en su casa, en el plácido sosiego de su hogar la tiene al abrigo de las tentaciones que con mas ó menos intensidad impelen al hombre fuera de casa á la comisión del delito en la lucha por la existencia. En cambio ésta sometido á todas esas poderosas influencias, sufre un número considerable de rudos contactos y ásperos choques que son otras tantas ocasiones propicias para el delito. Así pues, con el metodo de vida que llevan, las mujeres conservan mas intactos sus sentimientos, sus ilusiones, sus creencias religiosas sus frenos morales en una palabra.

Pero aparte de esta moralidad mayor que hace de su vida más pura y regular, es innegable que *naturalmente* la mujer es más virtuosa que el hombre. Así lo han comprobado los estudios y observaciones de Marro Joly etc. llevados por este último hasta en las escuelas, donde hace notar que los varones dan lugar con más frecuencia á la imposición de medidas disciplinarias. De sesenta premios adjudicados anualmente en Francia á la virtud, más de cuarenta se llevan casi siempre las mujeres.

Algunos pensadores niegan la mayor moralidad congénita de la mujer, atribuyéndola que poseen únicamente á la vida que llevan. Para probar lo citan los casos, en que olvidando

su misión han dejado el santuario del hogar para lanzarse en las agitaciones de la vida pública. Pues bien, en esas ocasiones, como en la Revolución Francesa de 1789 y la de la *comune* de 1870, ellas excedieron en crueldad á los más furiosos energúmenos.

Lombroso, que es uno de los que sostienen que no hay tal diferencia entre la moralidad innata de la mujer y la del hombre, dice que para corregir los datos estadísticos debe incluirse en la criminalidad, femenina á las *prostitutas*, porque estas son causas excitadoras y ocasionales del delito, y para la etiología criminal tienen la equivalencia de los delincentes, con quienes tienen una gran semejanza psíquica é intelectual. Pero Tarde, Joly y otros han objetado esta conclusión, diciendo que incluir las prostitutas en la criminalidad es confundir una condición favorable al delito con el delito mismo. La *prostitución* en las mujeres es lo que la *vagancia* para los hombres; las causas que conducen á ellas son, con poca diferencia, las mismas en el hombre y en la mujer, por lo que incluyendo á las prostitutas en la criminalidad femenina, forzosamente ha de incluirse en la masculina á los vagos y mendigos válidos cuyo número considerable volvería á romper el equilibrio. También habría que agregarse á estos últimos á los hombres que se entregan al libertinaje, á la corrupción, á los vicios contra la naturaleza, etc., en cuyo caso la desventaja para el sexo masculino sería aún mucho mayor.

Otros observan que esa desigualdad proviene de que muchos delitos son casi materialmente imposibles para la mujer, como son los que se cometen con la violencia ó en el ejercicio de profesiones peculiares al hombre. Pero á esto se ha contestado recordando que tambien hay delitos casi exclusivos de las mujeres (el infanticidio el aborto) y que tomando de la Estadística, los delitos que estan igualmente al alcance de uno y otro, como el hurto, la estafa, el incendio, el envenenamiento, la difamación etc., el desequilibrio siempre subsiste en la proporción variable de 4 á 7 veces mas en el hombre que en



la mujer; siendo de notar dice Proal, que desde algunos años á esta parte disminuye la porción proporcional de la criminalidad de la mujer al paso que aumenta la del hombre.

En resumen puede afirmarse que la mujer contribuye á la criminalidad en una proporción muy inferior al hombre, no solamente por su debilidad física é intelectual y sus condiciones, de vida sino porque naturalmente está dotada de mayor moralidad que el hombre.

**El delito y la raza.**—Por medio de la Estadística se ha ensayado comparar la criminalidad de las diferentes razas. Pero no es fácil sacar de estos documentos conclusiones exactas, 1º porque las estadísticas no comprenden todos los elementos del problema y 2º porque con el desarrollo de las comunicaciones, las razas se han cruzado y se han mezclado de tal modo, que no hay ninguna que se mantenga pura en los momentos actuales.

Las costumbres locales han desaparecido y con ellas el caracter particular en la criminalidad de cada raza.

Este cruzamiento de que hemos hablado aumenta cada vez mas y tiende á establecer entre todas las razas un fondo comun de ideas, que constituye la unidad moral de la humanidad; las diferencias físicas intelectuales y morales que corresponden á las diferentes razas se van borrando poco á poco, sobre todo en América Europa y Orennia.

De suerte que la posición de la raza respecto del crimen es esta; que si alguna influencia tiene, ella no puede precisarse porque depende de muchos otros elementos que deben tomarse en cuenta como el grado de civilización, las instituciones políticas y religiosas, las emigraciones etc.

**El Delito y la Herencia.** La herencia, es en el sentido que la vamos á tratar la trasmisión de los ascendientes á los descendientes de las particularidades de organización y aptitud. Puede dividirse en tres clases: la *herencia física ó fisiológica*, la *herencia intelectual* y la *herencia moral*.

De los numerosos trabajos referentes á esta materia llevados á cabo por los médicos y sociólogos mas distingui-

dos de este siglo, resulta que las cualidades físicas y fisiológicas como la fisonomía, la estatura, el color de los ojos y de los cabellos la fuerza muscular, la longevidad, la salud y la enfermedad se transmiten de padres á hijos. La *herencia física* es pues un hecho incontestable; mas todavia: es una de las leyes que rigen la naturaleza.

La *herencia intelectual* es también generalmente admitida. Por efecto de la estrecha relación que existe entre lo físico y lo moral, las inclinaciones, los gustos y las actitudes de la inteligencia se comunican muy frecuentemente; el espíritu como el cuerpo de los hijos recibe disposiciones particulares. La historia nos presenta familias enteras que se han dedicado y sobresalido en esta ó aquella aplicación intelectual. Sin recurrir á la Historia Antigua tenemos, la familia de *Darwin* que ha dado una porción de ilustres naturalistas á la Inglaterra; la de Bach una respetable cantidad de eximios músicos á la Alemania; la de Orange notables estadistas á la Holanda, en Francia tenemos á Dumas padre é hijo grandes novelistas y para no ir lejos tenemos en la República Argentina las familias de López, Gutierrez y Varela cuyos miembros han sido casi todos ilustres jurisconsultos y hombres de letras.

La *herencia moral* es objeto de la mas viva controversia. Es que las disposiciones del caracter y de la voluntad, las peculiaridades morales no tienen en el organismo humano tan profundas raíces como las aptitudes físicas é intelectuales y son mas susceptibles de recibir la influencia de la educación el medio ambiente y otros motivos externos, que ejercen sobre ellas una influencia indubitable.

Para algunos sábios como Lombroso, Ribot, Marro etc. la herencia moral es innegable; los vicios y los delitos se transmiten por lo tanto de padre á hijos como las cualidades físicas. Transportando al dominio moral lo que habían observado en el físico no vacilan en afirmar, que la criminalidad es hereditaria y para prevenir el delito proponen que se

impida la procreación de los criminales.

Platón en la antigüedad fué también de esta opinión cuando dijo: «que el delito puede perpetuarse por muchas generaciones en una misma familia y aconsejó que cuando el padre, el abuelo y el bisabuelo han sido condenados debe desterrarse al hijo. Entre los contemporáneos, el Dr. Le Bon, está tan convencido, de que los hijos de los criminales se convierten en tales, que propone transportar á las regiones mas apartadas á los reincidentes y á su posteridad.

En apoyo de esta tesis se citan la Historia, la Estadística y las crónicas judiciales. Así la familia *Julia* en Roma dió al Imperio una cáfila de monstruosos tiranos; los *Borgias* son celebres por sus crímenes y vicios inauditos; los *Médicis* por sus pocos escrúpulos políticos. Se conocen familias como las de Villard en Francia, Alassia en Italia, Motgar y Juke en Norte-América entre cuyos descendientes se encuentran por centenares los ladrones, prostitutas, asesinos y suicidas. Sichart en una estadística que levantó en una penitenciaría de que fué director, notó que una tercera parte descendía de padres condenados por la justicia y del resto, mas de la mitad provenían de locos epilépticos, alcohólicos y alucinados. Sobre 507 criminales observados halló Marro que 235 descendían de padres alcohólicos, 54 de alucinados y 68 de epilépticos.

Otros sabios afirman lo contrario, diciendo que la herencia tiene una influencia muy accidental en la criminalidad. La experiencia diaria no suministra, dicen ellos, la prueba de que muchos hijos no tienen ningun parecido moral con sus padres. Otras veces, el hijo que mas se parece al padre ó madre en lo físico, es el que mas difiere de ellos en lo moral. Es frecuente que los hijos de un mismo matrimonio nacen con caracteres diametralmente opuestos.

La observación mas vulgar nos enseña, dicen, que en una familia de honrosísimos antecedentes, nunca falta un hijo, que en un solo día destruye la herencia de honor y de probidad lejada por sus padres; mien-

tras que hijos é hijas nacidos y criados en el cieno, consignent elevarse por sus propios esfuerzos, por sus propias reflexiones, por su fuerza moral personal hasta sustraerse definitivamente al pasado de ignominia que pesaba sobre ellos.

En la Historia vense ejemplos de hijos criminales nacidos de padres muy virtuosos: Cómodo era hijo de Marco Aurelio. Por el contrario padres muy culpables tuvieron hijos ilustres: Pericles nació de una familia sacrílega y maldita; Pompeyo era hijo de Estrabon tan odiado del pueblo romano que su cuerpo fué arrebatado del catafalco y pisoteado. Ulises, Esculapio y otros grandes hombres fueron hijos de padres malvados.

Si los crímenes son hereditarios las virtudes tambien lo serian. En el primer caso, los hijos de criminales vendrian al mundo con el mas espantoso de los destinos, víctimas de un determinismo cruel; en el segundo, los padres virtuosos no tendrían porque tomarse el trabajo de procurar que sus hijos fuesen buenos, sinceros y laboriosos, por que esas cualidades las llevarían en la sangre. La experiencia diaria dice Lucas; nos enseña que no hay tales cosas, y que el hijo es dueño de ceder ó no ceder á las inclinaciones recibidas de sus padres, desde que esos impulsos caen bajo el imperio de la inteligencia y la conciencia y sufren, como todo lo que se encuentra en el dominio del alma, la influencia de la educación y del ejemplo.

No debe confundirse dice Proal, la transmisión hereditaria de un temperamento ó una inclinación con la trasmisión de los vicios y las virtudes. Aquellos pueden ayudar á formarse á estos, pero no los crean. Casi no hay hombre que no tenga una ó algunas malas inclinaciones, pero el mérito esta precisamente en combatir las y vencerlas.

Sin duda, dice muy exactamente de Hausonville, un gran número de hijos de ladrones son tambien ladrones. Pero ¿que conclusión conviene deducir de este hecho? En estos niños criminales, ¿que parte de influencia han tenido los ejemplos y quizás las lecciones directas, en una pala-

bra la educación? No es muy extraño que los hijos de los ladrones sean ladrones cuando sus padres los han ejercitado desde temprana edad en el latrocinio; lo contrario causaría mas sorpresa. Para tener el derecho de hablar de la *herencia criminal*, sería preciso que se hubieran sustraído esos niños á la influencia de sus padres y que se hubiera hecho esto desde la infancia, porque es bien sabido con cuanta facilidad se adquieren en la niñez hábitos morales y con cuanta fuerza se desarrolla la conciencia con las primeras y vacilantes luces de la razón. Pero si esos niños arrebatados á sus familias y confiados á familias honradas, educados en la ignorancia de su nacimiento y sus padres delinquieren por impulsos irresistibles sería entonces decisiva la experiencia: nadie podría negar la herencia moral. Pero mientras no suceda así, será arbitrario decir explicar por la herencia lo que está á cargo de la educación y el medio ambiente.

### III

*El delito, el clima y la temperatura*—La influencia del clima sobre el hombre es un hecho jamas negado. Entre los antiguos Hipócrates dijo: que la forma del cuerpo y las disposiciones del espíritu guardan relación con la naturaleza del país en que se vive». Entre los modernos Montaigne escribió: la forma de nuestro ser, el color, la estatura, la complexión y hasta las facultades del alma, dependen del clima y del suelo en que nacemos.

Esta afirmación está plenamente comprobada por la experiencia, tanto en el orden físico, como en el intelectual y moral. Admitida la influencia del clima y de las estaciones sobre el carácter y el temperamento, fué forzoso admitir y se trató desde luego de investigar, la influencia de estos accidentes geográficos sobre la criminalidad.

Desde Quetelet se ha venido sosteniendo como un axioma de la Geografía criminal este principio: los crímenes de sangre y contra la honestidad son mas frecuentes en los países cálidos, siendo mas numerosos en los años de mayor calor; mientras que los atentados contra la propie-

dad y la fé pública predominan en los países frios siendo mayor en los años en que las temperaturas son mas bajas. Lo mismo sucede con las estaciones: la primavera y el verano producen mayor numero de crímenes violentos y voluptuosos, mientras en el otoño y el invierno, preponderan los delitos de carácter astuto y fraudulento.

Tarde, que no admite otros factores del delito que los *sociales*, hace notar que si bien en principio es exacto, no proviene sin embargo de la influencia del clima sino de los elementos civilizadores, de las condiciones sociales de cada pueblo. Así dice, si en los pueblos del Mediodía de la Europa, son mas numerosos actualmente los delitos de sangre que en los del Norte no es porque aquellos sean de clima mas cálido sino por que estos son mas civilizados y la civilización aumenta el horror por los delitos violentos. Pero si examinamos estos pueblos en los tiempos de Grecia y Roma veremos que en el Norte predominaban los delitos contra las personas, porque entonces la civilización irradiaba en sentido contrario.

Respecto de las influencias de las estaciones en un mismo país, Tarde observa, que este fenómeno tiene tambien su explicación social: en verano la vida de relación es mas activa, se vive mas al exterior, al aire libre y esta multiplicidad de contactos produce choques mas frecuentes y por consiguiente ocasiones para el delito.

Apesar de la ingeniosa explicación de Tarde nadie puede poner en duda que el calor, enerva la fuerza vital, oscurece la inteligencia, agría al carácter sobre excita los temperamentos nerviosos; mientras que el frío, excita agradablemente todas las funciones de la vida y predispone á la dulzura y á la simpatía aunque tambien aumenta las necesidades, donde resulta muy natural que el calor predisponga á los delitos sangrientos y pasionales y el frío á los delitos contra la propiedad.

### Lección IX

**Factores sociales del delito**—La falta de educación, la ignorancia, el estado civil, la miseria, las profesiones, el alcoholismo, la vagancia, el libertinaje, la política, la imitación, la paradoja y la inmigración.



**EL DELITO Y LA EDUCACIÓN**—En la sociología criminal, la palabra *educación*, tiene una acepción más amplia que la pedagogía, y comprende todo el conjunto de influencias externas, la serie de escenas que un individuo ha visto desarrollarse ante sus ojos, y que actuando sobre su espíritu y su corazón forman su carácter, su fisonomía moral.

Fouillé sostiene la omnipotencia de la educación sobre la voluntad de una persona. Esta será buena ó mala dice, honesta ó criminal, según la educación que haya recibido en la infancia y en la adolescencia.

Garófalo no está conforme con esta afirmación de Fouillé. Aquel escritor sostiene, que efectivamente la educación contribuye con la tradición y la herencia á formar el carácter de una persona, pero que su influencia sólo tiene importancia en los primeros años de la vida del hombre y que una vez llegado este á la adolescencia es decir, cuando ya tiene fijada su fisonomía tanto en lo físico como en lo moral, la educación no tiene sobre él fuerza alguna en el sentido de desviar sus inclinaciones y sentimientos. Aun en la infancia dice, es dudoso que pueda crearse por la educación un *instinto* moral de que carezca el individuo. Muchísimos niños se ven que desde su más tierna edad demuestran tener una perversidad incorregible, no obstante la conducta ejemplar de los padres y demás personas que le rodean, á pesar de los cuidados más asíduos y de las más exquisitas enseñanzas. Si, como lo sostiene Taverni, existe una *ineptitud para la educación por defecto natural irremediable*, sean cualesquiera los procedimientos pedagógicos de que se haga uso, no es racional suponer que las influencias exteriores de la educación puedan suplir este defecto congénito.

La educación, agrega el mismo autor, opera prodigios cuando se trata de perfeccionar sentimientos que

ya existen, pero no puede cambiar la fisonomía moral de un niño, que así como la fisonomía física se declara desde muy tierna edad, porque la producción artificial del sentido moral de que carece ese niño por herencia ó por un estado patológico sería una creación *ex nihilo*.

Lo mas que se puede conceder á la educación dice Garófalo es que durante la niñez pueda embotar las asperezas del carácter y dulcificar algunos sentimientos. Una buena educación suministrada en la infancia, puede llegar á ser hasta una envoltura, que disfraza y oculta las violencias de las pasiones; pero jamas las sofoca y bajo esa delgada capa «estará ardiendo siempre con fuego infernal» la perversidad congénita del sujeto.

Si en la niñez la influencia de la educación no pasa de los límites que le dejamos designados, sobre la adolescencia ella es completamente nula según el escritor, que nos ocupa.

A un criminal llegado á cierto desarrollo físico y moral privado del instinto de piedad, será en vano que se pretenda inculcarle este instinto por medio de la enseñanza repitiéndole que los hombres deben ser compasivos unos con otros, que la moral prohíbe que hagamos mal á nuestros semejantes que en sociedad debemos sacrificar nuestro egoísmo á fin de que los demás obren lo mismo que nosotros; de los remordimientos provenientes de las malas acciones y de la satisfacción originada por las buenas: el hombre que no es bueno por *reflexión* sino por *instinto* verá el bien y hará el mal, por que como carece de *sentido moral* y no experimenta por lo tanto ninguna repugnancia al delito, antes que conseguir cualquier otro placer, ó descansar en cualquiera otra esperanza preferirá dar rienda suelta á sus malas pasiones.

No obstante la habilísima argumentación del distinguido sabio italiano, la influencia preponderante de la educación sobre el hombre bajo su triple aspecto físico, intelectual y moral es un hecho innegable. Todo se transforma en el ser humano mediante una educación apropiada; y particularmente el *carácter*, que es en el

hombre lo mas susceptible de modificaciones profundas.

Para la educación no hay instinto perverso ni carencia de sentido moral que valga, por que hasta las bestias feroces que habitan las selvas y los desiertos se vuelven tímidos y obedientes por obra y gracia de una educación conveniente y eficaz.

El mismo Garófalo se contradice al afirmar en otra parte que un instinto puede adquirirse inconscientemente por el *medio ambiente*; el que para el hombre no es otra cosa que la serie de escenas que se desarrollan á sus ojos, los ejemplos y enseñanzas que adquieren en la familia y en la sociedad, todo lo cual enseñándole experimental y casi inconscientemente cual es la conducta que debe seguirse en los diferentes casos, le imprime hábitos morales lo *educa* en una palabra, segun el concepto que al principio hemos sentado de la *educación*.

Muchos autores atribuyen una fuerza especial, una eficacia particular á la educación *religiosa*. «Las emociones religiosas, dicen, dejan siempre huellas que no desaparecen nunca, aunque la fe venga á menos. La impresión de los misterios religiosos sobre la imaginación es tan viva que segun Darwin pueden convertirse en *instintos*.»

Spencer admite este principio y afirma «que los sentimientos que durante la infancia inspira el espectáculo de la sanción religiosa de los principios sociales, ejerce un influjo mucho mayor, que la idea del bienestar que resulta de la obediencia de esos mismos principios.»

No hay duda de que la educación religiosa tenga una fuerza más activa que la educación simple ó laica para prevenir los delitos. Pero para eso se necesita que el verdadero fin de esa enseñanza sea la moral, lo que por desgracia casi nunca acontece, dice Garófalo, en muchos países católicos, donde un clero ignorante, sobre todo en las parroquias rurales, no se ocupa generalmente de otra cosa, que de imponer ciertas prácticas completamente vacías de significación moral y cuyo objeto es tan solo asegurarse la obediencia mas completa de los fieles, los cuales des-

conocen y prescinden de las mas sublimes páginas del Evangelio.

Por lo demas no es cierto, agrega Garófalo que la sanción religiosa sea mas terrible que la sanción social. Es verdad que la amenaza de los castigos infernales es impresionante, pero al lado de ella se coloca la misericordia divina en todo tiempo y en todo lugar y la idea de que un acto de arrepentimiento es bastante para reparar todo un pasado de vicios y de crímenes. Asi se explica dice que señoras muy devotas y creyentes puedan pasar una vida entera de adulterio y cuando van á la iglesia lloren arrodilladas al pie de las imagenes sagradas, y pidan desnues á un sacerdote la absolución (que nunca se les niega) de su delito porque la lujuria es un pecado mortal. De la misma manera proceden los asesinos y ladrones que muy frecuentemente llegan hasta poner bajo la protección religiosa sus empresas criminales.

*El delito y la ignorancia*.—Siempre se ha creido que la ignorancia era una de las causas ó factores principales de la criminalidad. «El saber es lo mismo que la prudencia» decía Sócrates—El hombre instruido dice Bühner sabe encontrar los medios para desembarazarse de los obstáculos sin violar la ley positiva, mientras el ignorante no conoce otro camino que el delito para salir de sus apuros. «*Por cada escuela que se abre se cierra una prisión*» dijo tambien Víctor Hugo.

Las estadísticas de una época de este siglo daban por otra parte la razón á los que sostienen que la instrucción es uno de los medios mas seguros de prevenir el crimen. En efecto, por ellas se notaba, que los delincuentes eran en su mayor parte analfabetos ó muy ignorantes, de donde se deducía que la falta de instrucción era un factor poderoso del delito.

Pero la instrucción se difundió después y entonces las cifras estadísticas se cambiaron, resultando que era mucho mayor el número de individuos con alguna instrucción que iban al crimen que los sin ella ó analfabetos. Se observó tambien que por mas escuelas que se abrian no



se cerraba ninguna cárcel y al contrario también aumentaba el número de éstas.

Esta contradicción dió motivo para algunas observaciones importantes sobre este particular. Soetiene Spencer que la ignorancia y el crimen no se encuentran en la relación de causa á efecto como pensaba Victor Hugo al lanzar su celebre frase; que la conducta de un individuo no se decide por la ciencia ó conocimiento que tiene de las cosas sino por sus sentimientos capaces de llevarlo á tal ó cual acción y que la instrucción no puede servirle para otra cosa que para ilustrar su criterio, pero siempre de acuerdo con sus sentimientos. En prueba de esto hace notar que el criminal mas ignorante, sabe que la acción que va á ejecutar es mala y prohibida por la ley y en este concepto su mayor ó menor instrucción en nada le puede servir para variar su determinación.

El valor moral de los hombres, dice Proal, depende mas de la rectitud de la voluntad que de la penetración de la inteligencia. Vemos y conocemos el mal y sin embargo lo practicamos, por una debilidad de nuestro espíritu. Los actos de abnegación y de altruismo, son mas bien el resultado de un movimiento instantáneo del corazón, que el fruto de una gran cultura intelectual ó de profundas reflexiones. La vida de muchos ilustres nos demuestra por otro lado que no es lo mismo la sabiduría y la virtud asi como no es lo mismo la enseñanza del deber y la práctica del mismo.

Mas todavía, el doctor Corre sostiene que la instrucción cuando no esta acompañada de una buena educación es mas peligrosa que la ignorancia. La instrucción dice, exalta la curiosidad de las personas nerviosas, la imaginación ardiente, las mujeres y los jóvenes despertando en ellos deseos desconocidos, apetitos adormecidos, ambiciones superiores á su fuerza y posición social. Muchísimos obreros abandonan sus instrumentos de trabajo y se largan en pos de aspiraciones malsanas, asi como muchísimas mujeres se pervierten con la lectura de libros de sensación, dramas judiciales, etc.

No obstante estas afirmaciones es innegable la benéfica influencia que ejerce el desarrollo de la instrucción sobre el espíritu humano. En efecto ¡cuantas costumbres bárbaras y actos de crueldad, debidos á la ignorancia han desaparecido! ¡Cuanta sangre derramada por el fanatismo y la superstición! ¡Cuántos odios y persecuciones por causa de un sofisma!

¡Cuántas explotaciones criminales en que intervenían los brujos, hechiceros, adivinos, magos, tiradores de cartas y quírománticos disipadas por la difusión de la luz. (Proal)

Para resolver la cuestión sobre la influencia de la instrucción como medio preventivo del delito es necesario que la examinemos en los diferentes grados que presenta á investigar la fuerza particular que cada uno de ellos puede tener sobre el delito.

Tenemos en primer lugar la *instrucción primaria* que es la que recibe la inmensa mayoría de los ciudadanos. La lectura y la escritura y los rudimentos de Historia Aritmética Geografía y Gramática que la componen son nociones á la simple vista incapaces de ejercer alguna influencia sobre la moralidad de quien la posee; que por esto no ha dejado de ser ignorante. Este grado de instrucción en nada puede contribuir á que el sujeto domine sus pasiones, regule sus deseos y fortifique su voluntad; por tanto su influencia sobre el desarrollo de la criminalidad no es digno de aprecio sino es completamente nula.

Cuando se pasa de este grado á la *secundaria*, la influencia de la instrucción aparece mas visible, porque ya puede ser un guía poderoso de las acciones del sujeto, sin que esto importe, que quienes la posean tengan que ser forzosamente mas buenos ó menos egoistas que los otros. Esta instrucción para que deje sentir un efecto saludable es necesario que vaya acompañada de la enseñanza de la moral; de lo contrario, lejos de ser eficaz, como disciplina de la voluntad, es mas susceptible de desarrollar en los jóvenes un orgullo y una ambición que los hacen mas peligrosos que los ignorantes porque son mas fuertes, mas diestros y mas entendi-

dos: La influencia de este grado de cultura afectará entonces la *calidad* pero no la *cantidad* de los delitos; éstos no serán menos frecuentes pero tomarán formas más cultas, más refinadas menos torpes y crueles.

Por último tenemos la instrucción que generalmente va acompañada de una buena educación y que en realidad es un verdadero antídoto contra el delito, ella es la *instrucción superior científica o estética*. Puede asegurarse que esta instrucción es altamente moralizadora, no solo en el sentido de modificar las formas de la delincuencia, sino también en el de contrarrestar definitivamente la criminalidad. Desgraciadamente es reducido el número de hombres que llegan hasta esta altura, pero los pocos que hay pueden servir de modelos y maestros para difundir la luz y la moralidad.

EL DELITO Y EL ESTADO CIVIL.—Observando las estadísticas se ha notado mayor número de criminales solteros y entre los casados mayor número de los que no tienen prole. De esto han deducido, Marro, Colajanni y otros que se han ocupado de esta materia, que el matrimonio y la prole ejercen sobre el hombre una influencia moralizadora, que se traduce en una disminución de la delincuencia.

El matrimonio dice Marro, desenvuelve y robustece las cualidades serias de un individuo y aleja a este de las ocasiones del delito. El hombre que se casa demuestra la posesión de ciertas condiciones de energía, por cuanto debe presuponer las consecuencias que se desprenden de un acto tan trascendental de la vida del individuo.

Sin desconocer que el matrimonio es por regla general un estado más propicio, un ambiente más sano que el celibato, para el desarrollo de la moralidad es necesario tener presente que su eficacia depende totalmente de las condiciones intelectuales y morales del cónyuge con quien se está ligado.

Así, la mujer casada según sus condiciones personales ejercerá sobre su marido influencias muy distintas.—Si es una mujer imperiosa y dominadora y al mismo tiempo frí-

vola, afecta al lujo, a las diversiones y a la pereza, el hombre lejos de encontrar en el matrimonio un elemento moderador de sus malos deseos e instintos, hallará una excitación seria y constante hacia la corrupción y el delito. Esta clase de matrimonio, lejos de ser un ambiente sano es un semillero de bajezas y ruindades que sin una separación a tiempo terminará casi infaliblemente en un delito más o menos trágico o vil. Entre tanto una mujer, modesta, moral y hacendosa ejerce sobre el esposo un poderosísimo contrapeso a sus malos instintos y pasiones tempestuosas. Por medio del amor y la mansedumbre, evita las explosiones de la cólera y de venganza que tan frecuentemente acometen a uno en el camino de la vida y puede según la expresión del doctor Castro por medio de su solicitud bienhechora convertir a un lobo en un cordero.

EL DELITO Y LA MISERIA.—¿Influye la miseria en la criminalidad? ¿Cuál es la extensión de esa influencia? Los escritores que han examinado estas cuestiones terminan con conclusiones opuestas; los unos consideran la *miseria* como la causa principal de los delitos y los otros no ven en ella sino una causa accidental, que da a la criminalidad una forma sin la cual hubiera tomado otra dirección.

La influencia de la *miseria* en la criminalidad, dice Proal está fuera de duda. En Francia en los años en los cuales han resultado malas las cosechas, ha habido poca prosperidad en las industrias o paralización en los trabajos agrícolas e industriales, ha aumentado considerablemente el número de los delitos. Durante los años 1840, 1847 y 1854, observóse una recrudescencia en la criminalidad por efecto del precio elevado que alcanzó el trigo, siendo más notable este aumento en Argelia que en Francia, porque los árabes no saben ahorrar, en los buenos años para cuando venga la escasez.

Los escritores socialistas consideran la *miseria* como el más enérgico factor de la criminalidad. El proletario, dicen, explotado por la ganancia judaica de los capitalistas es impulsado al delito por causas tan poder-

rosas como el hambre y la desnudez que le atormentan. «Los desgraciados, que no encuentran puesto en el banquete de la vida y que han sido rechazados de los salones brillantes y de las habitaciones doradas para ser arrojados en medio de la melancólica soledad, las tinieblas de las calles fangosas y los tugurios malsanos de los arrabales, se vengan de la sociedad que les condena á esos trabajos, por medio del delito.

Para los socialistas el delito no es entonces otra cosa, que una reacción contra la injusticia social, que por la desigual repartición de la riqueza condena á la miseria á una gran parte de la población y el delincuente un miembro de la clase oprimida que se subleva contra sus opresores por medio del delito. Cuando se piensa, dicen, en las dificultades sufrimientos y privaciones que impone la miseria causa admiración, que los pobres no cometan muchísimos mas delitos que los ricos.

Turati en su opúsculo «*El Delito y la Cuestión Social*» formuló científicamente las teorías del partido socialista.

Sostiene que el aumento de los delitos es debido á la organización defectuosa y artificial de la sociedad. Corregida esa organización y regularizada de un modo equitativo las relaciones económicas del Estado con los individuos, la consecuencia inmediata dice, será la disminución de la criminalidad.

Para demostrar su tesis, recurrió Turati á las estadísticas criminales y encontró que casi todos los delinquentes en materia de robos y hurtos pertenecían á la clase proletaria de la sociedad. Notó igualmente que siempre que disminuían las cosechas ó aumentaba el precio de las subsistencias, aumentaba inmediatamente la criminalidad y cuando cesaba la crisis, decrecía el número de los delitos.

Garófalo impugnó enérgicamente la teoría de Turati. En vez de deplorar contra la miseria del proletariado, los socialistas deberían enseñar á ese gremio á combatir la voracidad de sus apetitos, que es la única causante del malestar social de que se quejan. Ningun pobre dice, que

re limitar sus ambiciones á sus recursos, todos buscan ávidamente los goces y lujos refinados pero muy costosos que la civilización moderna ofrece; todos quieren vivir como magnates y banqueros. Y de estos sueños peligrosos es que provienen sus aventuras y atentados criminales.

La riqueza y la pobreza son cosas correlativas, que deben medirse por las necesidades que cada uno se ha creado. Por eso es que el que tiene poco y con poco se contenta es realmente mas rico, que el banquero cuyas necesidades ficticias y gastos superfluos y exorbitantes lo tienen siempre al borde del abismo. Un sabio ha dicho que el *único medio seguro de ser rico es el de ser pobre de deseos*.

Es cierto dice Garófalo, que en los crímenes de robos y hurtos, la mayor parte de los culpables pertenecen al proletariado; pero en cambio las clases elevadas contribuyen á los otros delitos contra la propiedad, en un número mucho mayor que los pobres, como en las falsificaciones, estafas, quiebras fraudulentas etc.

No es el estado económico precario lo que conduce al delito, sino el deseo inmoderado del lujo y los placeres, la avaricia y la codicia que existen en todas las clases sociales. Esos sentimientos que llevarán al campesino á robar un poco de madera serán los mismos que impulsarán al tenedor de libros á falsificar sus asientos, al comerciante rico á hacer una quiebra fraudulenta y al rentista á falsificar el testamento de un millonario. Mientras la actividad no honrada puede ser útil, es decir, mientras el delito proporcione ganancias — la raza de los improbos existirá repartida en todas las clases sociales.

Existiendo pues los sentimientos enunciados, en los hombres de todas las escalas sociales, en mayor ó menor grado, para que dichos sentimientos puedan arrastrar al delito, es necesario que el individuo se encuentre no ya en una *situación económica especial*, sino en una *particular condición psíquica*, en la cual exista ausencia ó disminución del instinto de probidad y al mismo tiem-



po indiferencia por la buena reputación.

Según Garófalo la estrechez económica no tiene la virtud de aumentar los delitos en general, sino la de modificar sus formas. En épocas de miseria, los ataques á la propiedad aumentan considerablemente pero también en las épocas de prosperidad el obrero bien comido, bien vestido y sobre todo bien bebido, se entrega á las tabernas, las reuniones políticas, las diversiones, los amores y entonces los delitos contra las personas aumentan en proporción que disminuyen los ataques contra la propiedad.

Resumiendo su tesis Garófalo llega á estas conclusiones 1° el orden económico actual, es decir, la manera como está repartida la riqueza no es en general una causa eficiente de criminalidad 2° las fluctuaciones que tienen lugar en el orden económico pueden traer el aumento de una forma de la criminalidad, compensada con la disminución de otra forma.

**EL DELITO Y LAS PROFESIONES**—La influencia de las profesiones sobre la criminalidad fué objeto de una interesante comunicación hecha al Segundo Congreso de Antropología Criminal por el Dr. Enrique Coutagne, médico forense de la justicia de Lyon. En opinión de este ilustre facultativo, todos los sociólogos están de acuerdo en reconocer la influencia de las profesiones en la etiología criminal; pero, hasta dónde vá esa influencia y como se ejerce ella es cuestión que la ciencia todavía no ha esclarecido suficientemente.

A pesar de que las estadísticas criminales contienen siempre las profesiones de los delincuentes, ningún penalista hasta el presente ha reunido los elementos dispersos y escrito la *psicología profesional*, haciendo entrar sobre bases seguras este importante asunto en el dominio de la Antropología Criminal.

Quizá no sea extraño á este hecho la circunstancia de que, las declaraciones de los delincuentes sobre el particular, no siempre merecen fé, porque ocultando la verdadera, se atribuyen profesiones ajenas, lo que hace muy difícil la investigación de la moral profesional, por

cuanto impone á quien la emprende la obligación de sondar profundamente la vida privada de los delincuentes.

Esto no obstante, por experiencias recogidas en Francia Mr. Proal considera el trabajo agrícola como el mas moralizador de todos. Los campesinos en relación á su número y salvo excepciones de muy contadas comarcas, caen menos en el suicidio y en el crimen dice, son mas sensatos, mas sóbrios y económicos que los puebleros. Los pescadores de las costas del oceano le parecen superiores en moralidad no solo á los habitantes de las ciudades sino también á los de los campos; el hábito de desafiar el peligro, parece que los hiciera mas inclinados, á la abnegación y las buenas acciones, que los que ejercen otras profesiones.

Entre los oficios los de carnicero y zapatero son los que mas contingentes dan á los crímenes de sangre. En cuanto al primero, está demostrado que la crueldad respecto de los animales lleva insensiblemente al hombre á usarla con sus semejantes; este proceso psíquico está admirablemente descrito por Eugenio Sué en los *Misterios de París* al relatar la vida del *Churiador*. En Roma del combate de los animales en el circo se pasó muy pronto al combate entre los hombres; y en todas las revoluciones que han tenido lugar en Francia, es un hecho de observación constante, que los carniceros y matarifes siempre han sido los mas sobresalientes en insensibilidad moral—Tocante á los zapateros, parece que el uso continuo de instrumentos tan cortantes como los que emplean, sea la causa de que entre ellos hayan tantos homicidas. En el sangriento drama de la comuna los zapateros tomaron parte en mayor número que los otros oficios.

El gremio de los criados es el que mas contribuye á los hurtos y junto con los notarios y agentes de negocios á las defraudaciones.

De todo lo cual se deduce con la fuerza, de los hechos, que las profesiones tienen alguna influencia sobre el delito en lo que atañe á su calidad.

**EL DELITO Y LA POLÍTICA**—La *poli-*

tica, cuya influencia sobre la criminalidad vamos á ver, no es la *noble ciencia del gobierno*, sobre la cual han escrito espíritus como Platon, Aristóteles, Montesquieu etc. sino esa otra *política* del día, llamada así, indebidamente, convertida en oficio que desorganiza el país, fomenta, el fraude y la corrupción, debilita el sentimiento de justicia y el amor al trabajo y á la verdad.

Es un hecho uniformemente observado en todos los países, que tienen establecido el sistema representativo de gobierno, que, en las épocas de elecciones, la criminalidad recrudece. Los homicidios, asesinatos, lesiones y atropellos de todo género se multiplican, se cometen toda clase de falsedades y las calumnias y difamaciones se desatan furiosamente contra los adversarios políticos.

Este hecho tiene una explicación muy natural y sencilla: los caudillos políticos se ven obligados por las circunstancias á hacer uso sin ningún escrúpulo ni reparo, de cuantos elementos caen á su alcance. Por eso es, que en estos periodos se ven salir á la superficie social al escenario político á individuos que, en épocas normales, se mantienen oscuros ó ignorados en los bajos fondos sociales. Mas todavía: «hay dos clases de gentes buscadas con preferencia por los caudillos políticos, los *prácticos* ó veteranos en los fraudes electorales aquellos mas hábiles en sacar provecho de los defectos de la ley ó de la corrupción de los electores y los *hombres de acción*, que encabezan grupos, imponen á los débiles y dirigen las violencias y alborotos que amenudo se suscitan en las luchas de esta índole».

Habiendo desaparecido totalmente la verdad y la justicia de las prácticas electorales y siendo el soborno, la intimidación y la mentira las armas esgrimidas en esas contiendas, los hombres dirigentes de los partidos se ven en la necesidad de hacerse sordos y ciegos á muchas maldades y pillerías. En todos los partidos de día hace poco un escritor de «*La Prensa*» existe una cola y frecuentemente la cola gobierna á la cabeza; para comp'acer á sus elementos de acción y de fraude los políticos tienen á me-

nudo que separarse de la moral y la justicia.

Por otra parte la política, fomenta el alcoholismo y la haraganería fuentes principales de todas las malas acciones. Las elecciones se preparan y organizan generalmente en las tabernas y el dinero derramado á manos llenas por los candidatos, fomenta la prodigalidad y debilita el amor al trabajo entre los electores.

Esta influencia de la Política sobre la criminalidad, llega á su grado máximo, cuando las contiendas políticas se resuelven en luchas armadas. *Las revoluciones son las saturnales del delito* ha dicho Tarde. En las épocas revolucionarias, siempre ha habido un aumento estrordinario de la criminalidad. En estados semejantes la seguridad y la vigilancia desaparecen y se presenta por consiguiente ancho campo para los desbordes de la maldad humana. La impunidad de los delitos relaja todos los vínculos sociales y el orden jurídico se vé suplantado por el reinado de la violencia y el terror.

EL DELITO Y EL ALCOHOLISMO.—El alcoholismo ha dicho Gladstone, ha producido en este siglo en Europa mas males por sí solo, que reunidos los tres clásicos castigos de Dios: el hambre, la guerra y la peste.

En el fondo de una botella dice el doctor Ramos Mejia caben todos los delitos y todas las maldades imaginables; el alcohol, estimula, fecunda y despierta todo ese cúmulo de sentimientos bulliciosos, que el hombre hereda del bruto y que la conciencia en estado de salud enfrena con su potente equilibrio.

La mayor parte de los crímenes que se perpetran contra la vida y contra las personas se ejecutan de ordinario en estado de ebriedad. El ladrón, el asesino para amortiguar el último vestigio de humanidad que pudiera restarle, busca olvidarlo en la embriaguez del alcohol, para que no fuera á estremecerse ni su conciencia, ni su puñal; entonces aquella no tiene vallas y éste se asesta donde es mas fácil exterminar la vida.

EL DELITO Y LA VAGANCIA.—La funesta influencia de la vagancia sobre el desarrollo de la criminalidad, es tan conocida, tan evidente es su per-



nicioso efecto sobre la moral publica que las leyes positivas, la consideran un acto preparatorio del delito punible por si solo como un delito *sui generis*.

Con ello no se afirma, que todos los vagos tengan que ir indefectiblemente al delito, pero si que entre ellos se reclutan un gran número de criminales, cosa por cierto fácil de explicarlo, teniendo en cuenta que en esta clase no se guardan los respetos y consideraciones que se guardan en las otras.

**EL DELITO Y EL LIBERTINAGE** — El libertinage debilita la moralidad, amortigua la voluntad, aparta del trabajo y conduce á gastos. «Si la justicia encuentra hoy entre los procesados á tantos jóvenes, dice Proal, es porque éstos desde muy temprano contraen hábitos de desorden.» En las grandes ciudades véanse mozaletes de catorce ó quince años, que tienen ya sus concubinas, frecuentan las casas de juego, los cafés, bailes públicos y casas de tolerancia, donde se reúne ordinariamente toda la gente perdida. Estas perniciosas costumbres son frecuentemente el camino del delito; secan el corazón, extinguen los afectos de familia, el sentimiento del honor. Después de haber disipado sus recursos y los de sus padres, el joven libertino se convierte en estafador, ladrón rufián y á veces hasta asesino». Razon tenía Sócrates cuando decía: «Nada hay como la crápula que nos aparte mas del decoro y del deber».

El desorden en las costumbres es la causa principal, casi exclusiva de la criminalidad en la mujer. La estadística criminal demuestra que la inmensa mayoría de las mujeres acusadas, han sido seducidas ó libertinas. — «El pudor en la mujer decía Mr. Seranon es como el hilo que retiene las perlas de un collar: roto él, todas las perlas caen» La mayor parte de las mujeres que tomaron parte en los crímenes de la *Comune*, eran prostitutas, entregadas al mas desenfrenado libertinage».

«Si quisiera describir, dice Proal, los delitos que el desorden hace cometer á los hombres, podría presentar los cuadros mas desoladores — Con mucha razón comparaba Platón

el libertinage con un monstruo enorme, cruel y con muchas cabezas; y en presencia de crímenes tan monstruosos como son los que cometen los libertinos, si el magistrado olvidara que no debe juzgarse á la humanidad, por algunos casos excepcionales, casi habría de creer como M. Taine, que el hombre es un ser lúbrico y feo».

El libertinage es tan fatal para los pueblos como para los individuos; la decadencia siempre sigue á la lujuria como lo atestigua la Historia. La debilidad y cobardía de los pueblos del Oriente, no proviene sino de su relajamiento moral.

**EL DELITO Y LA IMITACIÓN** — Un factor importante del delito lo encontramos en el espíritu de imitación, llamado tambien *contagio* del crimen.

A nadie se escapa que la imitación de lo que vemos ú oímos es una fuerza sugestiva existente en nuestra naturaleza. De ahí proviene el conocido poder del ejemplo sobre nuestras acciones y propósitos.

En lo físico como en lo moral, el ejemplo es contagioso. Sabido es con cuánta facilidad se comunican la risa, el llanto y el bostezo. Las pasiones y sentimientos, son tambien contagiosos, el amor, la indignación, la tristeza, la alegría. — Nada es mas contagioso que el miedo; algunos ejércitos se han desbandado por un terror pánico injustificado, al día siguiente de una victoria.

El suicidio, y hasta sus modalidades especiales está comprobado que se contagia. Todos somos testigos de que últimamente en Buenos Aires han tomado gran desarrollo los suicidios dobles por amores contrariados.

La corrupción, los vicios y los delitos se contagian tambien y con una fuerza espantosa de propagación. La Historia es testigo fiel de este aserto.

La formas de la criminalidad se comunican; hace poco estuvo de moda en París el uso del vitriolo y en Nápoles los navajazos en la cara como medios de liquidar cuentas de amor; el descuartizamiento de cadáveres, el chantaje y el insulto á los magistrados tuvieron tambien en Francia sus épocas de verdadero furor. En vista

de esto, un célebre jurisconsulto ha puesto de relieve la necesidad que se impone á la justicia de castigar severamente al primero en cometer un delito de nueva forma á fin de cortar el contagio y contener á los imitadores.

A mas del testimonio directo de los sentidos, las malas lecturas y representaciones teatrales favorecen la imitación delictuosa, sobre todo entre los jóvenes, en quienes la admiración hacia los héroes de las novelas ó del teatro es mucho mas fuerte.

Entre las lecturas mas perniciosas, se coloca la publicidad escandalosa que dá la prensa de los delitos más repugnantes. Cometido uno de esos crímenes que conmueven la sociedad, la prensa se apodera del hecho y bajo epígrafes de sensación y lenguaje dramático lo describe con verdadero lujo increíble de circunsancias y pormenores. El criminal es designado minuciosamente en su físico y en su moral; tomado desde su cuna se reproducen los actos mas insignificantes de su vida, los antecedentes mas nimios de su carácter, sus parentescos y hasta sus amistades. La fotografía reparte por millares su retrato, propiamente como si se tratara de un personaje y no de un miserable malvado.

Esta publicidad imprudente ha dado ya muchos frutos funestos.

Numerosos individuos de tendencias impulsivas hacia el delito en cuyas almas como es claro actúan tan enérgicamente el sentimiento de la vanidad, deslumbrados por esta notoriedad y esta fama, han buscado cometer delitos tremendos de modo mas sensacional posible y en el patíbulo mismo han tomado actitudes trágicas y novelescas para que su nombre quede grabado con tanta fuerza en el espíritu popular como en los anales del crimen.

EL DELITO Y LA PARADOJA.—Mr. Proal, notable penalista y erudito francés indica como uno de los factores del delito la *paradoja* ó sea el prurito de desconocer y atacar los principios fundamentales en que descansan las ciencias morales, sociales y políticas. Hay tiempos y este es el nuestro, dice con Flourens, en que las verdades sencillas, las ideas exac-

tas, no bastan para despertar la atención de los hombres. Todo el mundo se lanza á proporciones exageradas. A fuerza de razonar y desbaratar todo se ha negado: verdades religiosas, verdades morales, verdades económicas y sociales. Los infinitos sofismas que de allí toman su origen, nos conducen al nihilismo tanto en moral como en política, y siembra el desorden en los espíritus y en las costumbres públicas.

Efectivamente: todos sabemos que las paradojas sobre la desigualdad social, la libertad y el derecho de propiedad han inspirado esos espantosos atentados que han hecho célebres por sus atrocidades á las sectas revolucionarias llamadas socialistas, anarquistas y nihilistas.

#### Lección X

La responsabilidad criminal.—I. *Doctrina de la escuela clásica, el libre albedrío ó libertad moral*—II. *Doctrina positiva, la responsabilidad social*—III. *La responsabilidad según el Código Penal.*

Para justificar la penalidad no basta haber establecido de una manera abstracta y general el derecho de castigar; es preciso seguir este derecho en su ejercicio, en su uso, en su aplicación práctica á las individualidades reales y vivientes.

La sociedad cuando condena y castiga debe hacerlo con fundamento para que su sentencia sea respetada; quieren la justicia y la moral que sea merecida esa condena, que el delito sea *imputable* al agente y que éste sea *responsable* de su acción.

Sobre la cuestión importantísima de la *responsabilidad criminal*, las dos escuelas rivales, la clásica y la positiva, discrepan fundamentalmente, no porque ninguna niegue la responsabilidad, sino porque la fundan de muy distinto modo.

La escuela clásica establece como fundamento de la responsabilidad, la libertad moral ó libre albedrío: el hombre, dice, en virtud de su libre albedrío puede querer el bien y el mal; si escoge el mal le será imputable y será castigado, puesto que pudo querer el bien. En correspondencia con este principio, establece que es mas ó menos imputable y punible, según que es mas ó menos libre, y si por

una causa cualquiera no goza del libre albedrío no es responsable.

Los positivistas niegan la existencia del libre albedrío ó libertad moral.—Pasemos á examinar los argumentos.

La primera prueba, la única fundamental que alegan los filósofos idealistas en favor del libre albedrío, es la que procede del sentimiento vivo interno, que revelada por la conciencia, nos dice, que somos libres, es decir que tenemos la facultad de determinarlos en un sentido ó en otro, con entera independencia de las influencias tanto internas como externas que puedan solicitarnos.

Los que niegan su existencia afirman por el contrario que esta conciencia independiente capaz de querer una cosa mas bien que otra, es una ilusión derivada del desconocimiento de los precedentes inmediatos de toda deliberación voluntaria; que así como de los fenómenos externos, cuyos precedentes ignoramos, decimos que son casuales ó arbitrarios, por lo mismo decimos que son libres ó arbitrarios los fenómenos internos. Esto es tan cierto dice Ferrí, que cuando al conocimiento del hecho interno ó externo vá unido el conocimiento de sus precedentes inmediatos desaparece la ilusión de creerlos casuales, libres ó arbitrarios.

Spencer al ocuparse de este asunto opina que la *libertad moral*, no es realmente otra cosa que una ilusión resultante de la extrema complicación de las fuerzas en acción, que hacen obrar al individuo. Tomando un ejemplo natural para esclarecer su tesis, observa, que un cuerpo en el espacio sometido á la tracción de otro se moverá en una dirección, que podrá ser predeterminada con precisión; si se encuentra sometido á la tracción de dos cuerpos, su dirección no será calculable ya sino aproximativamente; y si está sometido á la tracción de muchos cuerpos de todo tamaño, en todas direcciones y á toda distancia su movimiento parecerá independiente de cada uno de ellos; el cuerpo seguirá una línea variable que parecerá determinarse por sí misma, es decir parecerá que obra libremente. Lo mismo sucede con la voluntad; cuando

las causas ó fuerzas que hacen obrar á un individuo son homogéneas y tienen conexión, entre sí, entonces el individuo las conoce fácilmente, pero cuando dichas causas ó fuerzas son múltiples, heterogéneas y sin conexión el individuo ya no consigue conocerlas; en el primer caso obra sin creer que es libre, porque tiene conocimiento de las causas que determinan sus acciones, pero en el segundo, como no conoce dichas causas, por razón de su multiplicidad y complicación se decide en virtud de una libertad aparente originada por esa misma complejidad.

La hipótesis de la existencia del libre albedrío está además, en pugna con dos leyes universales: la ley de la *transformación de las fuerzas* y la ley de la *causalidad*.

La primera de estas leyes consiste en admitir, que hay en el Universo una cantidad de fuerzas, que no es posible, aumentar, disminuir ni destruir, sino meramente transformar. Ahora bien si nada se crea, ni nada se destruye en las manifestaciones de la actividad, sino que se trata siempre de una misma cantidad de fuerza que asume diversos aspectos, si se acepta la hipótesis del libre albedrío ó sea de una facultad volitiva independiente que entre una y otra de aquellas transformaciones podría quitar ó añadir algo, bien impidiendo las ulteriores manifestaciones de la actividad, bien alterando la energía ó dirección, sería aquella fuerza verdaderamente creadora ó destructora, lo que es inaceptable según la ley citada.

La ley de causalidad es aquella en virtud de la cual *todo efecto es la consecuencia necesaria y proporcional de un determinado conjunto de causas*. Es imposible entonces concebir una facultad susceptible de producir un efecto distinto del que naturalmente se desprende de sus propias causas. Esta ley de causalidad, si no existiese, haría desaparecer las leyes psicológicas, morales y sociales, puesto que los actos humanos se producirían según la caprichosa voluntad de los individuos. Si los cambios psíquicos no se conformaran á una ley, dice Spencer, la Psicología y todo lo que con ella se rela-

ción sería un contrasentido, y si se conforman á una ley no puede existir el libre albedrío.

Otro argumento en contra del libre albedrío es el de la influencia preponderante de los *motivos* en las acciones humanas. En todos los actos que ejecutamos, obramos por determinaciones de *razones* de obrar, unas veces conscientes, otras veces instintivas, frecuentemente repentinas y apenas comprensibles. Todas las instituciones sociales organizadas para influir sobre la conducta de los hombres, la educación, la instrucción, la religión, la penalidad etc. no son otra cosa que una serie de *motivos*, que se les suministra para que por ellos puedan dirigir sus actos.

La libertad de indiferencia es una concepción quimérica. En la vida social teniendo en cuenta los motivos, tanto internos como externos, que pueden impulsar á un hombre á obrar en un sentido ó en otro, se puede llegar hasta predecir sus actos, y se dice frecuentemente, *fulano es capaz ó no es capaz* de tal acto, si se conoce su carácter, sus inclinaciones, sus antecedentes. Por otro lado es bien sabido que el hombre no se sustrae á la influencia del ambiente físico y social en que se ha desarrollado, y que en la vida de relación todo está sometido á las influencias; que cada uno piensa en política, en religión, en moral etc con su círculo, con sus amigos.

La Estadística ha suministrado, elocuentes confirmaciones de la actividad voluntaria humana de las condiciones del ambiente social y físico; así se ha demostrado que los distintos fenómenos sociales como los casamientos, nacimientos, crímenes etc. aumentan y disminuyen en correspondencia y proporción de las causas que los producen—Tenemos también que según los estudios de la Psicopatología, la *voluntad* como todas las facultades del alma está sujeta á enfermarse, pervertirse y hasta aniquilarse totalmente. Ribot en su tratado de las *Enfermedades de la Voluntad* ha consignado las diversas fases, por las que puede pasar la voluntad hasta llegar á su completa destrucción—Sabemos también que

se puede modificar la voluntad de un hombre dándole ciertos alimentos; que el alcohol en pequeña dosis excita la voluntad y en grandes cantidades la degenera y la destruye, así como los narcóticos; también hemos hablado ya de la diferencia de carácter de los pueblos y de los hombres según el clima y la temperatura. Bien pues, si la voluntad está sujeta á tantas variaciones y depende de tantas influencias, el libre albedrío no tiene ni puede tener un fundamento sólido y racional.

No está demás recordar aquí, que ya ciertas filosofías y ciertas religiones, el propio cristianismo con algunos de sus pensadores, han negado ya el libre albedrío, por creerlo contrario á la *Omnisciencia y presciencia de Dios*.

## II

Apartado el *libre albedrío* como fundamento de la responsabilidad, á primera vista parece q' esta habríade desaparecer; el individuo que comete un delito sin libertad moral no puede ser *culpable* y debe estar exento de la sanción social, desde que careciendo del libre albedrío vá al crimen por una tiranía fatal de su propio organismo ó del ambiente externo; y esta es la acusación que hacen á la nueva escuela, los que no pueden concebir la idea de la culpabilidad sin la idea de la libertad. Pero nada sería más erróneo que atribuir esta consecuencia á la teoría de la escuela positiva la cual no niega la existencia de la responsabilidad, sino que la hace descansar en otra base como lo vamos á ver en seguida.

Según la escuela positiva, en la sociedad la vida es una sucesión continua de acciones y reacciones, sometidas á leyes que nadie puede violar impunemente sea ó no *culpable* moralmente el trasgresor.

La sanción de estas leyes vienen pues con entera independencia de la *culpabilidad moral* que para el caso no tiene mayor importancia.

Un hombre inconsciente ó voluntariamente al asomarse á una ventana, avanza demasadamente el cuerpo; pierde el equilibrio, cae y muere *sanción física*.

Otro abusa de su organismo conociendo ó no conozca las funestas conse-

cuencias de sus acciones; contrae una enfermedad, el dolor y quizás la muerte: *sanción biológica*.

El individuo atolondrado ó pedante, orgulloso ó envidioso encuentra en la opinión pública la sanción correspondiente en la multitud de humillaciones y desprecios de que será acosado, si quiera no fuese él culpable de haber nacido con tan feas cualidades y de no haber recibido en oportunidad la educación conveniente para desvirtuarlas: *sanción social*.

El comerciante ó industrial, que con la mayor buena fé cree en que las ganancias de su negocio serán óptimas y contra los preceptos de la previsión prodiga beneficios á sus semejantes, recibe como sanción, la quiebra, la ruina, la miseria propia y la de su familia el deshonor y la vergüenza: *sanción económica*.

Por fin, el que viola voluntaria ó involuntariamente las leyes fundamentales en que descansa los derechos de la sociedad, recibe de esta una reacción de defensa (el resarcimiento, manicomio, cárcel ó eliminación) en que huelga la idea de la culpabilidad, pero que siempre responde á la necesidad imperiosa de la propia conservación que la sociedad siente como todo organismo vivo: *sanción social*.

El hombre cuerdo ó loco, normal ó anormal, que ataca con sus actos los principios en que descansa la armonía social, recibe de la sociedad un castigo que no es en suma otra cosa que la reacción natural con que el organismo social, como todo organismo viviente, responde á las acciones que ofenden su funcionamiento regular.

El estado natural forzoso ineludible del hombre es la sociedad, y para que la sociedad exista es de necesidad capital que se respeten las leyes que ella considera fundamentales para su funcionamiento, regular y armonico.

Ahora bien el que quiera vivir en sociedad debe respetar sus preceptos, porque quien vive en un ambiente dado debe adaptarse á él, ó salir de él ó morir; de modo que el hombre es jurídicamente responsable solamente porque vive en sociedad y mientras viva en ella.

Fuera de la sociedad no cabe sanción legal, porque el orden jurídico es inherente al estado social; solamente en ese estado se concibe la existencia de los derechos y deberes. El hombre aislado no podría ser objeto de ninguna sanción, porque no pudiendo encontrar otros obstáculos á su actividad que los animales irracionales ó los seres inanimados, no tendría que someter su conducta á ninguna regla jurídica, desde que esta supone la igualdad de los convivientes.

Si la sociedad al castigar al delincuente no hace otra cosa que defenderse, como se defendería de un torrente ó de un rayo; si le exige cuenta de sus actos solamente porque vive en ella y en cuanto los actos voluntarios del criminal puedan perturbar su funcionamiento vital, claro está que huelgan las ideas del libre albedrío y de la culpabilidad moral; y si hay algún criminal espiritualista que diga «pero, yo robo ó mato según vosotros, porque una fatalidad de mi organismo físico y moral me impele á ello», la sociedad como buen positivista le responderá: «pues yo también me defiendo de tí, porque la necesidad fatal de mi conservación me lo impone.»

Y no puede sostenerse que este sea injusto porque como dice Garófalo, el lamentable espectáculo de la vida nos muestra palmariamente, que en este mundo hay muchísimos felices é infelices sin culpa suya. La sociedad premia y honra al poeta, cantante, general, sabio ó artista, no porque de ellos haya dependido el tener estro poético, una garganta privilegiada ó una inteligencia superior; llena de aprecio y alabanzas á la mujer hermosa y al hombre robusto y fuerte como si esas ventajas no las debiese únicamente á la madre naturaleza; en tanto arrastran una vida llena de trabajo é inquietudes, el pobre imbécil relegado á la soledad de un hospital, el hombre de inteligencia débil, que apesar de sus esfuerzos no saldrá nunca de la oscuridad, la mujer fea de que nadie implorará una sonrisa, el enfermizo cuya desgraciada existencia será una cadena no interrumpida de martirio. La naturaleza misma nos dá pues el ejem-



plo de la injusticia mas grande y nos enseña que la idea de la culpabilidad moral puede perfectamente no tenerse en cuenta en las acciones humanas.

La sociedad dice Ferri, cuando premia al ciudadano virtuoso y castiga al bribón, cree que el ser virtuoso ó bribón, depende del libre albedrío; pero se engaña porque ser virtuoso quiere decir haber venido al mundo, con tal temperamento físico y moral que el bien nos atrae, como atrae el imán al hierro y no á la madera. Y si el hombre virtuoso, agrega, es mucho mas estimable, aunque menos recompensado que una cantante privilegiada, esto depende de ser la virtud, una cualidad mas útil á la sociedad que los trinos melodiosos de una diva.

La reacción contra las acciones ofensivas al organismo social, pueden ser simplemente preventivas cuando se trata de un loco ó un niño y pueden ser *represivas*, cuando el hombre con la voluntad é inteligencia en estado de salud, se cree la causa eficiente del delito.

Ahora bien ¿cuándo será punible un acto según la escuela positiva?

¿Cuál será el criterio de esta escuela para establecer el castigo de los delitos? La acción humana es ó no bajo la sanción del poder social, dice Ferri segun turba ó no el orden jurídico, segun sea ó no antijurídica. Pero la decisión voluntaria y por tanto la acción del individuo son efectos necesarios é indisolubles de los motivos que obran sobre él; por consiguiente, pues o que los motivos dan el ser á aquella violación y acción y están íntimamente ligados con ellos son tambien quienes la califican. Por lo cual si la acción humana es punible ó no segun sea ó no antijurídica, por necesidad lógica se deducen de ello; que la acción misma es punible segun que los motivos han sido antijurídicos ó antisociales.

### III

Los Códigos al referirse á una materia tan importante han sentido la necesidad imprescindible de establecer una regla general, que por si sola domine todo el vasto campo de la responsabilidad penal. Esa regla la estableció nuestro Código en su art.

13 que dice *«toda acción criminal se presume legalmente cometida con voluntad criminal á no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares de la causa»*.

Este artículo tomado del 43 del Cód. de Baviera y aceptado universalmente «parece á primera vista», dice el comentario oficial de nuestro Código contraria al axioma de *las non presumitur*. Pero delante de esa presunción general hay otra especial á saber: que todo hombre en la integridad de sus facultades ó en estado de salud mental ó afectiva tiene conciencia de lo que hace y esta presunción particular es superior á la general. Si se demostrase sin embargo, que el acusado por cualquiera circunstancia, pudo haber obrado sin conocimiento de causa, la duda se interpretará en su favor, pues entonces convalence la presunción general *in dubio dolus non presumitur*.

En términos generales este artículo es correcto, pero no así en los detalles; y como es tan importante por ser la llave de la responsabilidad criminal es necesario prestarle atención minuciosa y hacer notar sus defectos mas ínfimos.

La palabra *voluntad* empleada en en el artículo, puede sustituirse con ventaja por la palabra *intención*, porque esta expresa mas notadamente el esfuerzo de esa misma voluntad hacia el delito.

Algo mas debiera de decir este artículo para ser completo. Podría suceder como decía el Dr. Piñero, que no hubiese presunción resultante del proceso y sin embargo un individuo, que ha ejecutado un hecho aparentemente delictuoso, no fuera criminal. Por ejemplo: un hombre es asaltado de noche y en despoblado por un asesino; en defensa legítima y con las armas que tiene á mano en ese momento mata al atacante; pero por razón de la hora y del lugar nadie presencié el hecho ni las circunstancias como se realizó. El atacado da cuenta en seguida del hecho á la autoridad, no existiendo mas que su afirmación, de que no tuvo intención de delinquir ¿que debe hacer el magistrado en este caso?

Indudablemente, averiguar los ante-

cedentes de esa persona, su situación y también la del que atacó; todo lo cual podría establecer una verosimilitud en favor de la no intención criminal del matador. Y si todo eso concurre á demostrar que la causa de irresponsabilidad era verdadera, que se trataba de una defensa legítima entonces el Código Penal, debería admitirla.

La falta por una parte de datos positivos y de antecedentes del sujeto y por otra la imposibilidad de la prueba, sería bastante para excluir la responsabilidad y por consiguiente la pena.

De manera que podría añadirse una cláusula mas que dijera; *ó que las causas excluyentes de responsabilidad alegadas por el demandado fueran verosímiles y no existiese prueba en contrario*.

Dice el art. 12. *Cuando por efecto de error ó de ignorancia material, el autor voluntario de un crimen no haya conocido el caracter particular de la acción que ha cometido y este carácter sea de naturaleza capaz de aumentar la culpabilidad de la acción, de tal modo que el culpable se encuentre haber cometido un crimen mas grave que el que quería cometer, no se le imputará el hecho como crimen voluntario, sino en consideración á la intención real que hubiese tenido.*

Este artículo está tomado del 42 del Cód. de Baviera. Para explicar el alcance de esta disposición, ese Código trae el siguiente ejemplo: un hombre comete una violación, creyendo violar una mujer cualquiera; pero resulta despues estando ya en poder de la justicia, que habia violado á su propia hija. En este caso se le imputará el hecho de la violación como voluntario ó intencional, pero no la agravante del incesto.

El principio aquí sentado si bien es justo y exacto, es redundante en presencia del art. 13 que ya tiene resuelto el caso. En efecto según esa disposición, realizada una violación por un padre en la persona de su hija se presume que quiso violarla; pero si de las circunstancias particulares de la causa resultare que no conocia la verdadera cualidad de la víctima, y que su intención fué únicamente de

violar á una mujer, la primera presunción cede ante la segunda como hemos dicho al examinar aquella disposición.

Dice el art. 14 de nuestro Código Penal *cuando una persona sea convicta de haber cometido con intención un delito que segun las nociones de la experiencia general acostumbra producir inmediata y necesariamente un resultado criminal determinado, se tendrá como, que este resultado entré en las previsiones del culpable á no ser que justifique lo contrario con pruebas manifestas.*

Este art. fué tomado del 44 del Cód. de Baviera. Establece una presunción semejante á la del art. 13 con la diferencia de que en el art. 14 se alude á los resultados ó consecuencias inmediatas y necesarias de la acción y no á la acción misma.

Este artículo nos parece superfluo en efecto no es admisible separar un delito de sus resultados ó consecuencias necesarias, sencillamente porque sin ellos no sería delito. Así lo establece nuestro mismo Código cuando en el art. 7 dice que si una de las condiciones de un acto culpable es que produzca una consecuencia ó efecto determinado el crimen no se reputará consumado aunque el hecho en si mismo esté del todo concluido *sind cuando esa consecuencia y efecto hayan tenido lugar*. Siendo pues inseparables el delito y sus consecuencias, es evidente que quien quiso el delito quiso sus consecuencias y no hay necesidad de establecer dos presunciones iguales sobre una misma cosa. El art. 13 es suficiente.

Bajo estos mismos conceptos, no hay razón alguna de exigir *pruebas manifestas* para destruir la presunción de que el resultado inmediato y necesario del hecho, entró en las previsiones del culpable, siempre así que contra la presunción de la intencionalidad culpable del acto mismo, basta que resulte lo contrario de las circunstancias particulares de la causa.

El art. 11 de nuestro Código establece: *el que despues de formar la resolución de cometer un crimen emprenda una acción susceptible de producir un crimen mayor ó menor, será castigado como autor voluntario del cri-*

*men realmente cometido y no se le admitirá la excusa de que su intención fué solamente cometer el crimen menos grave.*

Este artículo fué tomado del 21 del Código de Baviera. Según el Comentario Oficial de este Código el presente artículo solo tiene por objeto no hacer lugar, al pretesto alegado muy frecuentemente por los criminales de que solo han querido causar un mal menor.

En mi concepto esta disposición es también supérflua. La ley que no penetra la conciencia de los individuos, juzga sus hechos por su manifestación exterior, por sus resultados, por el acto realmente cometido, y ya hemos visto que ese hecho se presume siempre cometido con voluntad criminal salvo la prueba en contrario. El artículo 13 resuelve perfectamente el caso sin necesidad del que vamos examinando.

#### Lección XI

De la irresponsabilidad; generalidades—I. *Causas de irresponsabilidad y causas de justificación*—II. *Edad*—III. *Locura y somnambulismo*—IV. *Imbecilidad*—V. *Sordomudez*.—VI. *Coacción física y moral*—VII. *Embriaguez*—VIII. *Caso fortuito y peligro de un mal mayor*—IX. *Obediencia debida*

##### I

Después de haber estudiado la *responsabilidad criminal* en la lección anterior, la lógica nos impone seguir con el estudio de la *irresponsabilidad*, es decir, del examen de aquellos casos, en que si bien se ha producido el hecho material del delito, este no es imputable al agente, por que han concurrido en su favor ciertas circunstancias que excluyen esa imputabilidad.

La *irresponsabilidad criminal*, puede provenir ya sea de la falta del elemento moral del delito, el discernimiento la conciencia, la voluntad criminal, ya sea porque los derechos y los deberes humanos, levantándose unos contra otros se combaten y se destruyen entre sí. Los hechos de carácter delictuoso cometidos en esas condiciones, que en otra situación hubieran sido punibles, decaen de su esfera y vienen á parar en la de la desgracia.

Sea que se procediese sin voluntad criminal, sea que se procediese con derecho, la inmoralidad es sustituida por la inocencia y la justicia humana carece de acción sobre el agente de tales obras.»

La doctrina acostumbra dividir el estudio de esta materia en dos partes.

Bajo el nombre de *causas de irresponsabilidad*, reúne y estudia las causas que incluyen la imputabilidad por falta del discernimiento; y separadamente bajo el nombre de *causas de justificación* las que eximen de la sanción penal, por haber obrado el agente en uso de su derecho.

Adoptaremos nosotros este método, que contribuirá muchísimo á evitar la difusión y las repeticiones en la explicación de esta abundante materia; y así estudiaremos en la presente las *causas de irresponsabilidad* y dejaremos para la siguiente las de *justificación*. En el examen de todas ellas seguiremos el orden establecido por nuestro Código.

Todas las circunstancias á que aludimos han sido consignadas en conjunto por nuestro Código Penal, en el Título 3º de la Sección II del Libro 1º bajo el título: *De las causas que eximen de pena*.

De acuerdo con Pacheco, creemos que ha hecho bien nuestra Ley, en englobar esta materia en un solo capítulo. Lo que puede presentarse de una manera ordenada y sintética, no debe ir desparramado en forma camística en todo el proceso de una larga ley.

Según el Dr. Piñero, el epígrafe que lleva este capítulo al igual del Código Argentino, no es correcto; porque debe tenerse presente, que aquí no se trata principalmente de la exclusión de la pena que puede prevenir de una amnistía, de la prescripción del perdón del ofendido etc. sino de *ausencia de la imputabilidad*. Es cierto, dice el jurisconsulto citado, que todo lo que contiene el título que vamos á estudiar exime de pena, pero no por una gracia ó concesión de la ley, sino porque se juzga que *no ha habido delito*. Por eso la gran mayoría de los Códigos intitulan esta parte, causas de *irresponsabi-*





lidad o causas excluyentes de la responsabilidad, como es mas propio.

## II

Principia nuestro Código diciendo (art. 146:)

*Las acciones u omisiones contrarias á la ley que no pueden imputarse á una persona como ejecutadas con intención culpable ni á título de negligencia no estan sujetas á penas.*

Este precepto tomado del art. 119 del Cód. de Baviera es la sanción legal del principio jurídico, consagrado ya por el derecho romano, de que sin intención culpable no hay delito: *faus sine pœna esse potest; pœna sine fraus esse non potest.*

En consecuencia y particularmente estan exentos de toda pena (art. 147).

1º Los menores de diez años.

2º . . . . .

Otros Códigos fijan nueve años, otros ocho, algunos diez y medio etc.

El motivo de esta disposición está en la conciencia de toda la humanidad.

«Colocar en el banco de los acusados á un niño de ocho ó nueve años es un escándalo dice Rossi, un acto afligente, que nunca tendrá el asentimiento de la conciencia publica. Lo que hay que dar á estos pequeños desgraciados es una educación y no una pena».

Así como las fuerzas físicas se desarrollan lentamente así tambien las facultades mentales adquieren un crecimiento paulatino: por eso la responsabilidad humana no es igual en todas las edades.

En el primer periodo de su desarrollo el hombre todavía niño, no tiene conocimiento exacto, de lo que hace, no percibe claramente la moralidad ni calcula el resultado de sus acciones.

«Cualesquiera, que sean las observaciones que se haya recogido dice el Dr. Rivarola sobre la criminalidad de los niños, cualesquiera que sean los ejemplos de perversidad precoz, que puedan recordarse, es lo cierto que la infancia, inspira la reflexión de su inespertencia, y que no puede afirmarse, si un acto dañino ejecutado en tal edad, es hijo de la maldad ó de la falta de discernimiento.

De todos modos no se encontraría sino la obra del instinto, por que es mas el animal que el hombre el que vive en la primera edad y no pudiendo suponerse en el niño el conocimiento de las restricciones que el instinto impone el poder social no podía castigársele por haberlos violado».

Por todo esto es que la Ley establece para esta edad, la presunción de la falta de discernimiento en calidad de *juris et de jure*, es decir que no admite prueba en contrario—Por tanto, ejecutado un delito por un menor de diez años, los jueces no tienen otra cosa que hacer que averiguar si el criminal tiene efectivamente esa edad y comprobado esto, ponerlo en libertad, entregándole á sus padres ó guardadores para que la sometan á la corrección doméstica sin perjuicio de la cooperación y vigilancia de la autoridad (art. 164).

Muchísimos escritores y Códigos—entre estos el Proyecto de Reformas á nuestro Código Penal, pendiente actualmente de la sanción del Congreso—extienden la irresponsabilidad hasta los 15 años si resulta que obró sin discernimiento el autor; de modo que desde los diez hasta los quince años habrá ó no castigo, segun que de las circunstancias de la causa resulte que el agente ha obrado con discernimiento ó sin él, tocando á los Tribunales declarar este puesto para imponer la pena ó decretar la irresponsabilidad (art. 26 inc. 2º del Proyecto) La irresponsabilidad proveniente de esta edad no es ya sino una presunción *juris tantum* esto es que admite la prueba en contrario.

Apesar de la autoridad de los escritores y Códigos que sostienen esta conclusión ella ha sido impugnada, en mi concepto con razón. Entre los diez y quince años el discernimiento existe de ordinario sobre todo en los crímenes de inmoralidad muy manifiesta y no puede sostenerse, que un niño de trece ó catorce años no pueda prever ya la consecuencia de sus actos delictuosos, como no sea de aquellos que en toda su vida no han de raciocinar. Antes mismo de los diez años, los niños de inteligencia regular, saben que tales acciones son crímenes y por tanto que no deben

su ejecutados sopena de un grave castigo.

Establecer pues la presunción de irresponsabilidad para los mayores de diez años y menores de quince, si quiera esté ella sujeta á la prueba discernimiento, es colocarse fuera de la verdad. La presunción contraria es la que debe adoptarse sin perjuicio de que esa edad, sea considerada una inmensa circunstancia atenuante como lo hace nuestro Código y que cuando se ofrezca un niño que en ese periodo carezca de discernimiento él sea exento de responsabilidad, según las reglas generales que rigen esta materia (art. 13 y 146)

Pero, no porque los menores de quince son de ordinario capaces de discernimiento, la ley los ha de tratar como á los criminales adultos. La ciencia y la experiencia afirman que por mas fuerza física ó moral, que tenga un criminal menor de quince años, no es conveniente someterseles á las penas establecidas por las leyes, sino que debe destinárseles en establecimientos de enseñanza y colonias agrícolas donde debe dárseles una educación apropiada á sus condiciones y aptitudes personales.

Para no citar todos los argumentos que apoyan esta opinión, recordaremos unicamente la solución que se dió á este punto en el año 1891, por la Unión de Derecho Internacional Penal. Se planteó en su seno, la cuestión relativa al tratamiento de los menores y despues de examinar debidamente el problema y con la opinión de los criminalistas de todas las escuelas y todos los países, se votó una proposición concebida en estos términos: *Reconociendo el valor de las influencias geográficas y etnográficas la Unión opina 1º Que los niños que no han alcanzado aun la edad de catorce años, no deben ser sometidos á medidas penales. 2º Que la cuestión del discernimiento, debe ser abolida y reemplazada por otra cuestión, á saber: si es necesario someter al niño á la tutela pública y 3º Que el tratamiento por aplicarse á los niños culpables ó abandonados, debe conformarse á la individualidad de cada niño.*

Es procedente recordar que antes

de 1891 ya el Código Austriaco habia declarado la irresponsabilidad de los menores hasta los catorce años en todos los casos.

### III

2º *Los locos los furiosos y en general los que hayan perdido completamente el uso de su inteligencia y cometan un crimen en ese estado.*

3º  
Con justicia ha fijado la Ley á la pérdida de la razon, como una de las primeras causas de irresponsabilidad. El hombre privado del juicio, de esa luz que guía los actos humanos, de ese primer sello de la humanidad que lo distingue de los animales inferiores, no puede ser punible por los delitos que comete en tan triste situación; mas que un castigo merece de la sociedad gran lástima inmensa conmiseración.

Los términos *los locos los furiosos*. . . . empleados por nuestro Código implican una redundancia. En efecto, sea que la *locura* no fuese sino la demencia con accesos de delirio ó de *furor*, como dice Pacheco, ó que la *furia*, no es sino la exacerbación de una enfermedad cuyo género es la *locura* como lo asevera Groizard, es lo cierto que una de esas dos palabras está demás.

A primera vista parece que esta materia no ofreciera ninguna dificultad; sin embargo en la práctica se ofrecen casos de difficilísima solución atendido unicamente al criterio contenido en el texto de la ley.

En efecto, ni la palabra *locura* es suficientemente comprensiva para abrazar todas ni siquiera la mayor parte, de las infinitas modalidades que según las ciencias médicas adopta la pérdida de la razón humana, ni puede establecerse con exactitud el punto en que cesa el estado del juicio y comienza el de la privación.

«No se puede asegurar dice el Dr. Rivarola, que allí donde empieza la *locura* comienza al mismo tiempo la irresponsabilidad. Sería tener una falsa idea de la *locura*, dicen Briand y Cheudé, imaginarse á los locos como seres continuamente en delirio no ejecutando sino actos extravagantes ó mas ó menos reprensibles presas sin cesar de la agitación y del furor ó sumidos en profunda y terrible



melancolía. La mayor parte de los locos al contrario, tienen ideas, pasiones, determinaciones voluntarias; pueden experimentar, la alegría la pena, la vergüenza la cólera, el terror; saben observar en muchas ocasiones, todas las consideraciones y todos los usos sociales. Casi todos los alienados conservan el recuerdo de las cosas pasadas y hacen de ella el objeto de conversaciones razonables, cuando se les pone en camino. Muchos conservan el recuerdo de las cosas presentes y después de su curación, asombran frecuentemente, por las observaciones que hicieron en los momentos mismos en que parecían más completamente privados de razón. Sus acciones más extravagantes están siempre fundadas sobre algunos motivos, poco razonables es cierto, pero razonables á sus ojos, de que dan ordinariamente explicación cuando vuelven al estado de salud».

La última parte del inciso que estudiamos puede dar lugar por otro lado á una grave dificultad. Según ella para que el autor de un delito esté exento de responsabilidad, es necesario que haya obrado en el estado de *pérdida completa del uso de la inteligencia*, siendo así que la mayor parte de los locos maniáticos y dementes, no tienen perdido, abolido ó lesionado, mas que parcialmente dicha facultad.

En vista de todos estos inconvenientes, la doctrina aconseja que se busque para esta disposición, una fórmula general, que pueda comprender todos los casos. Tal sería por ejemplo la siguiente: *Se declaran irresponsables á los que cometen un hecho punible, bajo la influencia de una enfermedad mental que prive al paciente del uso de sus facultades intelectuales ó afectivas.*

En este precepto estarían incluidos no solamente todos los casos de enajenación mental, (démencia, locura, manía, alucinaciones), sino que también el *sonambulismo*, que no es sino una enfermedad mental, y que no lo vemos registrado en nuestro Código como eximente de responsabilidad, siendo así que en todos los demás que conocemos y en todos los

escritores, aparece el sonambulismo en tal carácter.

El estado de sonambulismo dice el Dr. Rivarola, excluye necesariamente la imputabilidad. Ninguna voluntad conciente, ningún discernimiento de que la acción corresponda á una voluntad no guiada por la razón, tiene el desgraciado que realiza un mal en estado de sueño. «Si los sentidos del sonámbulo están cerrados á la mayor parte de las impresiones; si todas sus facultades están paralizadas por el sueño, con excepción de la que se encuentra actualmente en ejercicio, no se puede decir que los sonámbulos obren con la misma reflexión y el mismo discernimiento que en el estado de vigilia ordinario. La turbación que experimenta, los accidentes á que está espuesto si llega á ser despertado bruscamente, prueban que que no obedecía antes, sino á una impulsión maquinal, que no tiene realmente conciencia de sus acciones (Hoffbauer)».

Lo único que puede discutirse tratándose del sonámbulo, es si se debe establecer alguna sanción contra él en caso de que, conociendo su enfermedad, no hubiera tomado precauciones para evitar sus consecuencias. La mayoría de los autores lo hacen responsable, no porque el sonámbulo hubiese tenido intención de delinquir, sino porque no ha puesto de su parte la debida diligencia para evitar de causar á los demás; es decir que castiga el hecho como culpa ó imprudencia.

Para concluir esta materia debemos ocuparnos de lo que en derecho se llaman *intervalos lúcidos*.

Las enfermedades mentales pueden ser permanentes ó pueden alternar con momentos de juicio, intervalos de razón mas ó menos largos. En este caso ¿qué debe presumir la ley, si el autor de un delito siendo loco suele gozar de momentos lúcidos mas ó menos considerables ¿Que supuesto ha de admitir el Tribunal en este caso?

La base ordinaría de la presunción no puede racionalmente ser otra, que el estado común de la persona de quien se inquiera. Al reconocidamente loco, cuyo estado ordinario ó habitual es el delirio, aquel á quien con-

tinuamente hay que cuidar ó tener encerrado, la presunción tiene que ser forzosamente la de locura no obstante reconocerse que goza muchas veces de momentos de juicio. Por el contrario, aquel á quien la locura ataca por temporadas en forma de accidentes ó manías, cuyo estado habitual es la salud, que muchas veces es hasta recibido en el trato de las gentes, que anda suelto y sin cuidado, en este caso la presunción tiene que ser la de juicio y por consiguiente la de imputabilidad. Tanto en uno como en otro caso se admite la prueba en contrario.

#### IV

3º *Los imbeciles incapaces absolutamente de apreciar las consecuencias de sus acciones ó de comprender su criminalidad.*

4º . . . . .

La imbecilidad es un defecto orgánico que consiste en la carencia absoluta ó extrema escasez de las facultades mentales. El imbecil, tiene ideas muy estrechas, su inteligencia está cerrada, su raciocinio es nulo.

La imbecilidad se distingue de las demas afecciones mentales en que, mas que una *enfermedad* en el sentido usual de esta palabra, es una *deformidad* que generalmente data desde el nacimiento. La locura es el resultado de una alteración, de un desorden de una perturbación sobrevinientes, de las facultades que constituyen el entendimiento, mientras que la *imbecilidad*, es una depresión congénita de la inteligencia ó una debilidad progresiva del espíritu que conduce á un acabamiento, una extinción de la razón humana. La locura es ordinariamente curable en tanto que la imbecilidad generalmente no lo es.

El imbecil es tanto ó mas desgraciado y digno de lástima que el loco; está colocado moralmente en el mismo nivel que los brutos; por eso la ley hace perfectamente en eximirlo de responsabilidad; no tiene mas discernimiento que los animales irracionales.

Hemos visto, en el precepto que vamos estudiando, que el imbecil á quien la ley exime de responsabilidad es unicamente aquel *absolutamente incapaz de apreciar las conse-*

*cuencias de sus acciones.* De modo que quedan fuera de su amparo esos estúpidos cuyas facultades imperfectas perciben algunas ideas y que Orfila llama *semi-imbeciles*.

4º *Las personas que hayan perdido el uso de la inteligencia por efecto de senectud.*

5º . . . . .

Este inciso es superfluo y por lo tanto debe ser suprimido. Se comprende fácilmente que no es por razón de la edad, que es excluida la imputabilidad en este caso, sino por razón de la pérdida de la inteligencia y entonces la disposición está ya comprendida en el inciso 2º de este mismo artículo.

#### V

5º. *Los sordos mudos que no hayan recibido la educación conveniente, para conocer la criminalidad de sus actos, ni sidos instruidos de las penas impuestas por la ley positiva y cuya irresponsabilidad está fuera de duda.*

*Las personas nombradas (se refiere á todos los incisos anteriores), que cometan algun crimen, serán encerradas en algunas de las casas destinadas para los de su clase ó entregadas á su familia, según lo estime el Juez por conveniente. Los sordos mudos podrán ser sim embargo castigados como los menores de diez y ocho años y mayores de doce.*

Por esta disposición la Ley otorga la irresponsabilidad á los sordos-mudos pero bajo muchas condiciones restrictivas. En primer lugar es necesario que el *sordo-mudo* no haya recibido la educación conveniente para conocer la criminalidad de sus actos; en segundo lugar que no haya sido instruido de las penas que establece la Ley positiva y por fin *¡que su irresponsabilidad esté fuera de duda!* Con esta última exigencia de la ley, bien puede ser el criminal sordo-mudo ó nó, que no recibirá ningun castigo.

Se refiere la ley como se vé. á los sordos mudos, completamente abandonados por cuya suerte nada hizo en el sentido de mejorarla la sociedad ni la familia. Estos ejemplares son raros en los países civilizados, donde sino las familias de estos desgraciados, los gobiernos y las sociedades de beneficencia se esfuerzan

con solicitud especial en sacarlos de la triste situación á que los condenó la naturaleza.

En mi concepto no hay razón para que la ley sea tan exigente con los sordos mudos. Estos infortunados por la falta de tan importantes órganos que lo inhabilitan completamente para el cambio de ideas de la vida de relación, se encuentran respecto de los demás en la sociedad en un estado de inferioridad tal, que las nociones del bien y del mal, los derechos y deberes sociales, el concepto del delito y la pena no llegan sino con mucho trabajo á su espíritu.

Su inteligencia misma, por la estrecha correlación que existe entre todos los órganos del conocimiento, es limitada y confusa y por eso es que aquellos mismos, que gracias á una maravillosa invención científica pueden recibir artificialmente los beneficios de la educación, rara vez alcanzan el grado de desarrollo intelectual que permite la percepción de las ideas abstractas como son las del derecho y el deber.

La experiencia atestigua por otra parte, dicen Chauveau y Helie, que los individuos afectados de esa enfermedad, son inclinados á la cólera, al furor los celos etc. y que la causa mas ligera de excitación les hace perder el imperio de si mismos. Todas estas circunstancias debio tener la ley presente para no ser tan rigurosa con los sordo-mudos.

A mayor y abundamiento, la última parte del artículo que estudiamos, establece que mientras las de mas irresponsables á á que se se refiere sus incisos, sean puestos en los hospitales ó entregados á sus familias los sordos mudos pueden ser castigados como los mayores de catorce años y menores de diez y ocho (atenuante del art. 166) Esta última injusticia es tambien una contrasentido en la Ley; si el sordo-mudo á que alude el art. 147 inciso 5º es irresponsable no puede ser castigado y la sordo-mudéz en iguales circunstancias no se concibe que sea *eximente* y *atenuante* de responsabilidad *simultáneamente*. A menos que la ley se refiera en este caso á los sordos-mudos que han recibido educación y cuya responsabilidad sea dudosa lo que es

muuy probable, en cuyo caso no debe estar aquí este precepto sino en el título de las *circunstancias atenuantes* (Til. IV).

La ley ordena que los irresponsables, que llevamos estudiados hasta ahora, sean encerrados en las casas destinadas para los de su clase ó entregados á su familia.

Por mas que por el texto de la ley entre ellos vayan incluidos los menores de diez años ya hemos visto que estos en todos los casos deben ser entregados á la corrección doméstica (art. 164). Los que deben ser encerrados en las casas destinadas para los de su clase serán entonces los *locos*, los *furiosos*, los *que hayan perdido la razón por la vejez y los imbeciles*. Esas casas no pueden ser sino los manicomios donde los hay ó sino por lo menos, un departamento separado de un hospital cualquiera.

Los países mas adelantados tienen manicomios especiales para los criminales. Otros habilitan simplemente una sección de los manicomios comunes para colocar allí á los delincuentes. Por último hay países como la Francia que colocan en diferentes lugares á los *condenados alienados* y á los *alienados criminales*; los primeros son los que durante el cumplimiento de la condena han sido atacados de enagenación mental ó de epilepsia y los segundos son aquellos que, en el momento de cometer el delito estaban afectados de enagenación mental.

Entre nosotros, como no hay esas casas destinadas para los locos de que habla la ley, los insanos, sino son recogidos por sus familias, están abandonados completamente á su suerte. Si son inofensivos viven de la caridad pública, y si son peligrosos se les encierra en la cárcel con los criminales en la capital y andan á la de Dios que es grande en la campaña.

#### VI

*La acción no está sujeta á pena dice el art. 148. cuando por una violencia física irresistible, ó por amenazas acompañadas de un peligro de muerte actual é inevitable, una persona se ve forzada á un acto criminal.*

Así por ejemplo: una mujer casada víctima de una violación no comete adulterio.

Sobre la primera de estas dos causas de irresponsabilidad, poco hay que decir desde que á su respecto no puede ocurrir dificultad alguna. La persona que obre violentada por una fuerza física irresistible, aquella que se ve impelida u obligada á cometer un acto por una violencia material, superior á su poder, no siendo dueña de su espíritu ni de su cuerpo es absolutamente irresponsable. El individuo que obra violentado materialmente, es un instrumento, y es tan inocente dice Pacheco, como la espada misma de que se valiere un asesino.

En cuanto á la segunda causa ó sea la coacción moral ó miedo ella es materia algo controvertida, por que la intimidación no extingue por completo la libertad; siempre queda la elección del mal con que se amenaza y el hecho exigido. Según la justicia absoluta, es preferible la muerte antes que delinquir; pero la ley humana ha tenido muy justa mente en cuenta, que la mayor parte de los hombres no están hechos para héroes ni para mártires, y que el temor de perder la vida ó algun otro grave daño abate á la generalidad hasta hacerle consentir un acto criminal.

Pero esta causa eximente de responsabilidad, no puede ser un miedo pueril, sino algo capaz de emocionar vivamente, por lo que las legislaciones y la doctrina han establecido algunas condiciones para que la intimidación exima de pena.

Esas condiciones son 1º que el mal con que se amenaza sea realmente grave. Nuestro Código exige que consista en amenazas acompañadas de un peligro de muerte actual é inevitable. Es muy severa nuestra ley penal; la pérdida de los ojos por ejemplo, ó de la virginidad para las mujeres, son suficientemente graves para excusar los delitos que so pena de esos males comentan los coactos. El temor ha de apreciarse en concreto, es decir considerando, la edad sexo y otras circunstancias particulares del paciente, por que es bien sabido que no todos están dotados de la misma energía y firmeza para resistir á las violencias morales—2º que el peligro sea cierto, *inminente é in-*

*evitable*. Un temor quimérico lejano ó evitable, no podría alegarse, aunque por su pusilanimidad el coacto haya creído lo contrario, porque de este modo la ley llegaría á justificar cobardías ó debilidades culpables.

La doctrina acepta que la coacción moral sea perfectamente admisible aunque el mal de que se amenaza, no tenga que recaer personalmente sobre el agente. Los afectos de familia y hasta los de la amistad en ciertos casos, son suficientemente fuertes, para que la ofuscación producida, por el peligro á que esta es puesta una persona querida, impulse tan vivamente á un hombre, como si el peligro fuera propio.

La ciencia moderna considera la *sugestión hipnótica* como una especie de coacción moral. Este fenómeno que según los médicos legales es una especie de sonambulismo provocado artificialmente, durante el cual el paciente privado de su voluntad obedece ciegamente las ordenes del sugestionador, ha venido á ser en estos últimos tiempos, uno de los problemas de más interés de la ciencia Penal en materia de responsabilidad. Sobre todo desde 1890, en que el foro de París fué vivamente preocupado, por la causa célebre de Eiraud y Gabriella Bompard, los alienistas y jurisconsultos se han ocupado con gran interés de este fenómeno.

La influencia de la *fascinación ó sugestión*, esto es el dominio completo de una voluntad superior sobre otra mas débil, por absorción ó compenetración de ambas en la mas fuerte, es un hecho en vista de los innumerables ejemplos que presentan los médicos mas notables del Universo, de cuya probidad científica es imposible dudar. En la vida social misma se presentan á cada momento individuos dominados total y continuamente por la voluntad de otra persona.

El fenómeno existe pues de un modo innegable y lo que de él permanece en estado de problema, es únicamente el *quantum* de su influencia, materia sobre la que aun no se ha conseguido luz suficiente para formarse un criterio científico mas ó menos exacto.

La razón por la que los códigos no se han ocupado de esta materia,

es porque, según Tarde, el culpable que alegase esta causa de irresponsabilidad tendrá que probar su excepción. tendrá que demostrar que obró bajo el imperio de una voluntad extraña, prueba casi imposible, por los medios legales de comprobación de que dispone la administración de justicia. Pero si los códigos tropiezan con esa dificultad, la ciencia está en el deber de investigar la fuerza misteriosa de ese fenómeno maravilloso que puede poner al magistrado en un dilema terrible: ó de condenar á un inocente, que obedeció como una máquina la voluntad de otra, en cuyo caso su condenación sería una iniquidad; ó dejarse envolver por las fábulas de un pillo redomado, en cuyo caso padece la defensa social por la absolución de un criminal tan peligroso.

¿Hasta donde va el imperio del hipnotizador y por tanto cuales son los límites de la responsabilidad del hipnotizado?

Sobre este punto se conocen dos teorías, sostenidas en Francia por dos escuelas contrarias: la escuela de la Salpêtrière y la escuela de Nancy.

La primera fué fundada por el ilustre Charcot y cuenta entre sus secretarios mas eminentes á Brouardel y Gilles de la Tourette. Sostiene esta escuela, que la sugestión hipnótica, solo puede tener lugar durante el sueño y que el hipnotizado solamente obedece al hipnotizador, en actos insignificantes y simples, que estén de acuerdo con su carácter.

Todas las veces, dice, que el acto sugerido esté en desacuerdo con los sentimientos del hipnotizado, la moral innata sobrevive, conserva sus fuerzas y rechaza enérgicamente obedecer al hipnotizador, hasta que cae extenuado por un violento ataque de nervios; la sugestión tiene pues sus límites que no se pueden trasponer. Por lo tanto, no es posible lanzar á un hipnotizado sobre un crimen como un perro sobre una pista, á no ser que el paciente sea uno de esos delincuentes natos, privados de los sentimientos fundamentales de piedad y de probidad.

En apoyo de esta teoría citan sus sostenedores los resultados de sus

experiencias. Bajo la acción de la sugestión, las *horizontales* á una simple indicación se desnudaron completamente mientras que las mujeres honestas rechazaron terminantemente desvestirse. Los rateros hurtaban inmediatamente lo que les sugería el hipnotizador, mientras que los trabajadoras honradas rehusaron enérgicamente la sugestión.

La escuela de Nancy, que tiene por jefes á Bernheim y Légeois, sostiene una teoría opuesta. El hipnotismo puede tener lugar, según esta escuela, en estado de vigilia y el hipnotizado, sea cual fuere la orden y esté ó no de acuerdo con su carácter obedece ciegamente la sugestión. Puede la resistencia ser mas ó menos fuerte, pero por fin obedecerá. En su opinión toda persona sometida á la sugestión tórnase en manos del experimentador un autómatas, tanto en lo físico como en lo moral. Accede fatalmente á los deseos de la persona que la adormeció, no vé sino lo que ella dice que ve, no siente sino lo que la otra dice que siente en fin, toda espontaneidad desaparece. En apoyo de su teoría esta innumerable ejemplos.

«En el tercer Congreso de Antropología Criminal reunido en Bruselas en Agosto de 1892, el hipnotismo fué objeto de interesantes informes y de una viva discusión—Moritz Benedick el célebre profesor de enfermedades nerviosas de la Universidad de Viena y uno de los mas eminentes médicos legales de la actualidad, negó terminantemente la posibilidad de crímenes cometidos bajo el impulso de la sugestión. Manifestó que considera el hipnotismo, como una fantasía científica, simulaciones mas ó menos hábiles representadas en salones y laboratorios, pero sin ninguna realidad práctica. Aseguró que hacía veinte y cinco años que tenía estudiada la materia sin apasionamiento, pero que todas las experiencias fisiológicas y terapéuticas sobre este punto le habían dado un resultado negativo.—Que en la inmensa mayoría de los casos los actos practicados por los individuos que se dicen sugestionados no pasan de simple condescendencia ó simulaciones para engañar á médicos crédulos;



que sobre todo las mujeres histéricas se empeñan en este sentido; y por fin que la legislación no tiene por qué preocuparse de este asunto, porque nadie delinque á impulsos de la sugestión. Rudamente atacado por sus colegas, siguió defendiéndose en un tono irónico y sobre todo agresivo para la probidad científica de los médicos franceses que sostenían lo contrario. Refirió un caso en que una celebridad médica por medio del hipnotismo había sugerido á una bella señora que odiaba cordialmente á su marido, que tuviese simpatía por éste, asegurando al mismo tiempo al esposo que estaba curado de la impotencia que le aquejaba. Poco tiempo después de esta aparente reconciliación, se embarazó aquella señora y el milagro del hipnotismo se esparció por el mundo entero; pero algún tiempo después descubrióse que el padre de la criatura era el secretario de una legación extranjera y que el pobre marido no había conseguido mejorar sus fuerzas.»

A pesar de tan rudos ataques llevados por un hombre tan eminente, la existencia de la sugestión hipnótica está puesta fuera de duda. En ese mismo Congreso el doctor Augusto Voisin médico de la Salpêtrière, desarrolló el resultado de sus experiencias personales de las que sacó las siguientes conclusiones: 1.ª la sugestión criminal está íntimamente ligada á la debilidad ó degeneración mental del individuo sugestionado. 2.ª por consiguiente pueden ofrecerse casos en que ciertos degenerados impulsos son capaces de cometer crímenes bajo la influencia de la sugestión y 3.ª que la responsabilidad penal del individuo que cometió un delito bajo la influencia de la sugestión hipnótica es nula, porque fué coartado por una fuerza irresistible.

El art. 148 declara *no imputable el acto que haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos ó de la inteligencia, no imputable al agente y durante el cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto ó de su criminalidad.*

Esta disposición está tomada del art. 121 del Código de Baviera. Según el Comentario Oficial de nuestro có-

digo, en ella se ha querido comprender el sonambulismo, la monomanía y la embriaguez absoluta. Hemos ya tratado los dos primeros; solo nos falta estudiar la embriaguez, que según ese Comentario es el último de los estados de la inteligencia, que presenta analogía con la demencia y subleva análogas dificultades.

El estudio de esta materia reviste capital importancia, no solo porque es la excepción q' con mayor frecuencia se aduce por los procesados, sino porque como dice el Dr. Rivarola, ese vicio funesto fuente de tantas desgracias y causa de tantos delitos, está fuertemente desarrollado en nuestro país con tendencias mas bien á aumentar que á decrecer.

De diversos modos ha sido considerada por las legislaciones, tanto histórica como contemporáneas la responsabilidad criminal del hombre en estado de embriaguez.

Blackstone opinaba que la embriaguez, lejos de borrar ó atenuar la responsabilidad criminal, debía ser por el contrario una circunstancia agravante del delito; *ebrius punitur propter ebrietatem*. El gran jurista consulto inglés fundaba su opinión en los siguientes motivos: La ley castiga la embriaguez como una falta, imponiendo penas mas ó menos severas á los que son encontrados en semejante estado. Ahora bien ¿cómo entonces u hecho considerado ilícito por la ley podrá servir de justificativo, de circunstancia dirimente de un crimen. Además, la embriaguez es un acto voluntario y libre, dependiente exclusivamente de una determinación consciente del individuo. compréndese que la ley declare irresponsable á los locos, á los coactos porque en ellos la voluntad es nula, pero ninguna excusa puede invocar quien libre y voluntariamente se puso en semejante estado embrutecedor y degradante. La teoría de la irresponsabilidad por causa de embriaguez, es un peligro social que aumenta y desarrolla el alcoholismo, la mas tremenda plaga de las que azotan las sociedades modernas. El ebrio conocedor de que su vicio lejos de disminuirlo ante la ley es para él una ventaja se entrega á esos excesos viles y en lugar de un ciudadano tiene

la sociedad una bestia terrible y peligrosa. Si la embriaguez pudiera ser una causa eximente de responsabilidad criminal decía un jurista argentino, no habría dinero con que pagar el vino.

Otros escritores levantáronse contra el rigor de esta doctrina, diciendo: que en muchos casos la embriaguez no depende de la voluntad de uno y que, aun cuando fuese el resultado de un acto voluntario, no por eso deja de perturbar el libre funcionamiento de las facultades mentales, oscureciendo la luz de la razón transformando momentáneamente la conciencia y por consiguiente la personalidad moral del paciente. El hombre en ese estado se halla enajenado, es extraño á sí mismo, porque el alcohol anicrtiguando su voluntad lo ha convertido en un individuo de fisonomía moral distinta de la suya en su estado normal, por lo tanto es forzosamente irresponsable del hecho cometido en tal estado; sin que eso obste para que la ley teniendo en cuenta la inmoralidad de un vicio tan vergonzoso, no lo exima de pena como en los otros casos de irresponsabilidad.

Esta segunda teoría es profesada por la casi unanimidad de los Códigos y escritores. Esto no obstante, su propia base fundamental no pasa de ser una hipótesis á la que no han faltado impugnadores muy caracterizados. Lambert no admite que la embriaguez, pueda llegar jamás al estado de completa enajenación mental y quiere equipararla siempre en sus efectos á la *pasión*, la cual aun cuando turba la inteligencia, según él nunca la aniquila. Entre los escritores modernísimos Groizard niega también con la mayor energía, que la embriaguez puede privar completamente del uso de la razón á una persona.

Jurídicamente esta cuestión es de muy difícil solución, desde que la prueba acerca de que el ébrio carece de todas las facultades intelectuales es imposible. «Los desgraciados que perdieron la razón por otros motivos pueden ser objeto de un largo estudio de un plan médico; donde no se alcanza en un día puede llegarse en mas largo tiempo» ¡Pero que pue-

de hacerse con el ébrio cuya enfermedad quedará curada dentro de un momento sin necesidad de remedio y cuya mejoría frecuentemente será notada á cada minuto? ¿Mantenerlo embriagado ó volverle á embriagar para estudiar los efectos que en él producen los vinos ó los licores? «Ningun género de consideraciones permitiría este ultraje á la dignidad humana».

Siendo los efectos de la embriaguez sobre la voluntad, según Carra, proporcionales siempre á sus efectos sobre el organismo corpóreo el criterio de la graduación de esta escusa se busca hoy generalmente en las condiciones fisiológicas y patológicas que determinan en el paciente la intoxicación alcohólica.

El ilustre alienista francés Legraun du Saulle divide la embriaguez en tres periodos distintos.

Primer período: *embriaguez alegre*. Las facultades de la inteligencia y las fuerzas físicas se exaltan visiblemente, sentimiento de bienestar, rapidez del pensamiento, facilidad de expresión, amabilidad un poco exhuberante, incoherencia en la narración, palabras indiscretas é irreflexivas, pero al mismo tiempo integridad de los sentidos y conciencia perfecta.

2º Período: *embriaguez furiosa*. La vivacidad de la imaginación disminuye, después se extingue, la voz se eleva progresivamente, viene después la turbulencia, el semblante se pone rojo primero y empalidece extraordinariamente después, se hinchan las venas del pescuezo, la respiración se vuelve fatigosa (principia la congestión cerebral,) los sentidos primeramente enflaquecidos se embotan mas tarde, los movimientos son inciertos, la pronunciación embarazosa, tiemblan los miembros inferiores, aumenta sensiblemente la desasociación de ideas y fallece la memoria, la voluntad se paraliza, exítanse las pasiones y hacen explosiones con el menor pretexto pudiendo conducir á actos irreparables en virtud de alucinaciones ó impulsos irresistibles del momento. El peligro es inminente porque el hombre en este momento es como un loco tan peligroso para sí como para otros.

3er. Período: *embriaguez letárgica*.

Aparece un sueño profundo apoplético acompañado de estertor respiratorio.

En el primer periodo la responsabilidad es plena, porque las facultades mentales apenas ligeramente excitadas funcionan normalmente.

En el segundo periodo, si bien como fuegos fatuos alumbraba la razón por momentos la oscuridad de la conciencia no hay responsabilidad, porque en estado el hombre está sometido a una locura artificial. En el tercer periodo, incapaz de hacer bien ni mal extraño a las cosas del mundo exterior, el individuo es un bruto inofensivo, expuesto únicamente a las consecuencias peligrosas de su estado degradante.

De todo lo expuesto resulta que puede haber un periodo de la embriaguez que priva totalmente del discernimiento a una persona; y tratándose de un *hecho posible* dice el Dr. Rivarola la ley ha hecho bien en legislarlo, quedándolo a cargo de los tribunales el resolver llegado el caso, si en el hecho concreto ha habido o no la embriaguez que priva completamente del uso de la inteligencia.

Santada la ampliación doctrinal que dejamos expuesta ¿cuales es el ébrio que por nuestro Código Penal está exento de responsabilidad? Veamos las palabras de la ley para contestar esta pregunta.

Segun los términos del inc. 3º del art. 148 que vamos estudiando el ébrio irresponsable es aquel que *resuelve* y *consume* el hecho, en un estado de perturbación intelectual, *no imputable al agente* y durante el cual *este no ha tenido conciencia del acto* ni de su criminalidad.

De estas palabras se desprende que la beodez que exime de la responsabilidad ha de ser la que priva de la conciencia del acto esto es, la completa, la furiosa, la locura artificial; y que no sea *imputable al agente*, es decir que ha de ser involuntaria, accidental imprevista.

Tal sería por ejemplo dice el Dr. Rivarola de un hombre, que no teniendo el hábito de beber en demasía o que bebe con continencia, por una causa independiente de su voluntad, sin apartarse de sus costumbres nor-

males, cae en estado de embriaguez.

Debe tenerse presente para este caso agrega el jurisconsulto citado, la aplicación del art. 13 sobre la presunción de la voluntad criminal de la ley. Esta presunción subsiste mientras no surja otra de las circunstancias particulares de la causa. El solo hecho de probarse la embriaguez no comprueba que ella sea completa é involuntaria y toca por lo tanto a la defensa destruir la presunción de la ley, acreditando en juicio las cualidades exigidas de *completa é involuntaria*. Además es necesario que el acto haya sido *resuelto y ejecutado* en ese estado; no solo porque la incapacidad para *resolver* en que se encuentra el agente es el fundamento principal de la excusa que estudiamos, sino también por que la ley niega espresamente la disculpa de la ebriedad completa a los que después de tener resuelto un delito se ponen intencionalmente en estado de beodez para cometerlo (art. 10 Cod. Penal)

Resumiendo tenemos que el ébrio exento de responsabilidad y de pena segun nuestro Código es únicamente el que haya *resuelto y ejecutado* un hecho punible en estado de *beodez completa é involuntaria*; todos los demás son íntegramente responsables, por aplicación de la regla general contenida en el art. 13 mencionado.

En la práctica la estricta aplicación del precepto que estudiamos podría resultar en muchos casos extremadamente rigurosa. Supóngase un hombre que apartándose de sus hábitos normales, en la alegría de un festín bebió sin continencia, confiando empero en una resistencia a los efectos de la bebida que en realidad no tenía y que en estado de beodez completa cometa un hecho delictuoso. Aunque involuntaria, la embriaguez ha sido *imputable* al paciente, por *imprudencia* porque debió pensar en las consecuencias previsibles de ese hecho, ¿será esta persona considerada como autor voluntario del delito cometido? No es posible, y segun todos los principios de legislación, de justicia y de equidad, solo sería punible por haber tenido el descuido de incurrir en la embriaguez cuyos efectos pudo prever. Se-



ría pues reo únicamente de culpa ó imprudencia.

Algunos escritores van mas léjos todavía. Aun cuando hubiese voluntad de beber dicen ó que se bebiese por placer, admitida la existencia de una embriaguez completa, durante la cual no se tiene conciencia del acto que se ejecuta ni de su criminalidad; que la resolución criminal ha surgido en ese estado sin haber tenido una existencia anterior en el sujeto y que la imputabilidad nace del hecho de tener conciencia de lo que se ejecuta, lógicamente hay que admitir que la única responsabilidad que existe por actos resueltos y ejecutados durante una embriaguez culpable es la de culpa ó imprudencia.

Nuestro Código bastante parco en lo que á la embriaguez se refiere, no contiene ninguna disposición que resuelva los casos propuestos. Este silencio que á primera vista parece un defecto, es en mi concepto una determinación prudente de la ley, porque con ella se abre un amplio campo al arbitrio judicial, que apreciando cada caso en concreto, puede encuadrar el hecho delictuoso en su justo lugar con ayuda del criterio que le proporcionan las disposiciones sobre *atenuación y agravación prudencial* de la responsabilidad penal.

#### VIII

No son responsables del daño que pueden resultar ni por las leyes penales ni por los civiles dice el art. 151.

1° *El que ejerce de una manera legal un derecho que le pertenece si el acto lícito se ejecuta con la debida diligencia.*

Nuestro Código ha reunido en este precepto confundiéndolas, dos causas de exención que por su naturaleza son completamente distintas, y figuran separadas en todos los demás Códigos que conocemos: el *ejercicio de un derecho* y el *caso fortuito*.

El Código Argentino que reformó, al proyecto del Dr. Tejedor dividió con razón este artículo en dos: declarando en uno que está exento de responsabilidad (art. 81 inc. 7°) el que obra en cumplimiento de un deber ó en el *legítimo ejercicio*, de un

derecho autoridad ó cargo y en el otro (inc 6°) *el que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia causa un mal por mero accidente.*

La reforma traída por el Código Argentino es racional y conveniente á todas luces, pues hace la debida separación entre dos cosas evidentemente distintas. El que ejerciendo un derecho causa un daño, no necesita que este sea ocasionado por *mero accidente* para que fuese irresponsable criminalmente por tal motivo: *qui jure suo utitur nemo loedit*; así como el que ocasiona daño por *caso fortuito*, no será jamás responsable, si no hubo imprudencia, trátase ó no del ejercicio de un derecho legítimo.

Hemos dicho que por su naturaleza estas eximentes de pena son distintas: en efecto el *mero accidente*, incluso entre los casos de fuerza mayor, es una *causa de irresponsabilidad* proveniente de la falta de *voluntad criminal* mientras que el ejercicio de un derecho es una *causa de justificación*, en que la intención criminal desempeña un papel secundaria.—Según el plan que nos hemos propuesto en el estudio de esta materia y á no estar juntos en nuestro Código confundidas en una sola disposición, la primera únicamente debiera de figurar en esta lección y la segunda en la siguiente entre las de su clase.

Volviendo ahora nuestra atención hacia el precepto de nuestro Código que vamos estudiando, observaremos que tal como está redactado no puede ofrecer duda alguna. Su contenido se justifica evidentemente. Quien ejecuta con derecho un acto lícito y con la debida diligencia no está obligado á mas; y si por casualidad resulta un daño inesperado, el sujeto no es culpable porque nadie responde de lo puramente accidental, de lo que es imprevisto y no se puede prever porque no es consecuencia necesaria ni habitual del hecho ocasional.

En nuestro Código el *cumplimiento del deber* no está espresamente mencionado entre las causas de irresponsabilidad como en otros códigos.

Algunos escritores justifican ese silencio, diciendo que este punto es

tan claro que los Códigos no necesitan mencionarlo ó bien que de hecho, esta incluido en el *ejercicio de un derecho*. Ambas razones me parecen insustanciales y muy controvertibles.

Sobre la primera razón recordamos que en Derecho Penal lo que se alega ha de estar escrito expresamente en la ley positiva si es posible, para que el Juez pueda tomar en cuenta, consideración que reviste mas importancia en los países en que existe la institución del Jurado q' exige leyes claras y terminantes; y en cuanto á la segunda me parece incorrecto afirmar que «el soldado que fusila, el alguacil que prende, el médico que amputa» *ejercen un derecho*, si bien obran en cumplimiento de un deber.

En la práctica los reos que no tuvieran que alegar otra escepción que el cumplimiento de un deber—bastante por cierto—se vería en serios apuros, á causa de la falta que apuntamos. Supóngase el caso, (bien frecuente entre nosotros), del agente de la autoridad, que para reducir al insubordinado ó delincuente que resiste con armas, se vé obligado á hacer uso de las suyas, y en consecuencia causa una lesión ó una herida mortal. Yo tuve un caso en mi práctica—causa Palacios Morel—y á no ser por la legítima defensa que también concurrió en aquella ocasión, mi defendido Palacios, hubiera sufrido una pena tremenda muy injustamente—Únicamente al amparo del deber que le imponía su cargo de guardián del orden público, nada podía alegar que estuviese previsto en nuestra ley positiva.

#### IX

Concluiremos esta lección, estudiando la exención de responsabilidad conocida bajo el nombre de *obediencia debida*.

Si la obediencia debida en nuestro código fuese realmente una causa eximente de pena en muchos casos, como en otras legislaciones, esta materia iría entre las *causas de justificación* en la lección siguiente, por que tal sería en efecto su naturaleza segun la división que hemos establecido. Pero ya veremos como, segun el texto de nuestra ley, la eximente allí establecida se funda mas bien en el desco-

*nocimiento de la criminalidad de los orden*, algo así en una ignorancia insuperable, que la obediencia debida á una orden superior.

Los autores y otros Códigos admiten que en muchos casos exime de pena la obediencia, tomando ejemplos, sea en la familia del hijo respecto del padre, la mujer del marido etc., sea del orden administrativo entre los funcionarios superiores é inferiores, sea de las relaciones que existen en el ejército entre los soldados y sus gefes. Especialmente en este último caso se sostiene que la obediencia es pasiva; de consiguiente el inferior que obedece aun cuando la acción de que se tratase fuese de un carácter manifestamente criminoso, no es responsable, por que la disciplina militar impide, que el que obedece pueden examinar la orden que se le da.

Nuestro Código rechaza todos estos casos y establece (art. 149) que la orden de cometer un crimen *no dispensa la pena al que lo ejecute*.

Para él ni el tenor reverencial del hijo al padre, ni la inferioridad en la gerarquía administrativa, ni la disciplina militar, que se ha establecido para el mejor régimen del ejército, pero excluyendo la posibilidad, de que ella pueda servir para ordenar crímenes ó trasgresiones á la ley, pueden justificar al agente—«El hombre nunca puede ser reducido á un rol puramente material, dice el Comentario Oficial y nadie puede imponerle el sacrificio de su conciencia. La obediencia gerárquica es uno de los principios fundamentales del orden social, pero esta obediencia nunca debe ser ni ciega ni pasiva.»

*Sin embargo*, agrega el artículo que estudiamos, cuando un funcionario del Estado ó representante de la autoridad pública prescribe á los agentes, oficiales ó autoridades bajo sus órdenes ó dependencia, un acto no sujeto á castigo, sino como abuso, exceso ó violencia de los deberes anexos á sus funciones, la responsabilidad penal de este incumbirá al que dió la orden y su al la eubiere ejecutado.

Así por ejemplo un funcionario del orden judicial, en ejercicio de las facultades de que está investido dicta



á sabiendas una sentencia injusta, observando todos los requisitos y solemnidades estérnas que las leyes prescriben, pasa por sus tramites legales y una vez ejecutoriada, ordena al empleado inferior su cumplimiento. ¿La obediencia es pasiva en este caso? Indudablemente; porque el empleado ni tenía facultad para examinar las decisiones aparentemente válidas de su superior, ni por donde sospechar que se trataba de un delito; era para él un caso de ignorancia insuperable.

Justificada la tesis que hemos sentado mas arriba respecto de la obediencia debida pasemos á las causas de justificación.

## Lección XII

Causas de justificación—I *Daño causado para evitar otro mayor*—II *Legítima defensa*—*Otra causas de justificación.*

Está exento de responsabilidad civil y penal el que en la propiedad ajena, *causa un mal por evitar otro mayor, siempre que este sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial* (art. 151 inc. 2º Cod. Penal).

El Comentario oficial de nuestro código para explicar este artículo cita las siguientes palabras de Pacheco. . . . . «Se ha pegado fuego ó un bosque que linda con nuestra heredad, á una casa que está cerca de nuestra casa. No tenemos otro medio de apagar el fuego que se entiende, que amenaza invadir nuestra propiedad que al de talar los árboles del vecino, echar por tierra la casa intermedia. Lo hacemos. Dañamos sin duda á otro en sus bienes y le causa un mal que en otras circunstancias constituiría por nuestra parte un delito. Aquí sin embargo no lo es y no tenemos por ello culpabilidad alguna. Exímenos la ley como nos ha eximido la razón. La defensa de lo nuestro nos ha guiado, ó bien la defensa de lo del mayor número, la defensa de la sociedad, la defensa de legítimos y respetables intereses».

«Mas el ejercicio de esta defensa agrega Pacheco, ha de estar necesariamente sujeto á racionales condiciones.» Esas condiciones son tres según el Código Español y el espíritu del artículo del nuestro que analiza-

mos 1ª *realidad del mal que se trate de evitar*, 2ª *que este sea mayor que el causado para evitarlo* y 3ª *que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para imredirlo.*

Sobre la primera condición, continua Pacheco «no basta que el mal sea posible, es menester que exista, es menester que nos amague próximo inminente. Aunque haya comenzado la tormenta no es permitido arrojar el cargamento al agua, en tanto que el buque se conserve bien, que el agua no lo invade incesante é irresistible. La necesidad que es la ley y la absolución de tales casos, no ha presentado todavía su tremendo aspecto, la razón no puede invocarla como un hecho conocido é inconcusso».

Sobre las otras dos condiciones, dice Pacheco, que ellas han de dar lugar á mayores dudas, pero que la ley no puede menos de exigir las por que no puede prescindir de ellas para resolver tan delicadas cuestiones. La razón no puede encontrar justo, que se cause un mal de gran tamaño para impedir otro que sea menor, no puede permitir que se acuda á esos aventurados remedios, en tanto que existan otros posibles, menos arriesgados, menos perjudiciales. En el primer caso falta la utilidad: en el segundo la necesidad de lo que como recurso se intenta.—(Pach. Tomo 1º, pág. 162.)

Sobre la tercera condición podemos observar que el *empleo del medio menos perjudicial*, no debe entenderse en absoluto, sino teniendo en cuenta las circunstancias del hecho, las condiciones personales del agente; pues á mas de que en un caso de apuro como el que presume la ley, uno no tiene siempre sereno el espíritu para las mas acertadas disposiciones, por mas eficaz que fueren las medidas tomadas siempre podrian haberse encontrado otras mas practicable y menos arriesgadas. Eso dependerá en cada caso de la inteligencia y conocimientos del agente, de la gravedad del peligro y del apremio en que se hubiese encontrado.

## II

Dice el art. 152 del Código Penal: *Toda persona está autorizada para*

*hacer uso de su fuerza persona', con el fin de desviar de sí mismo ó de los demás las violencias ilícitas y los ataques criminales contra las personas o los bienes, cuando es imposible solicitar el auxilio de la autoridad contra tales actos ó cuando la intervención de la autoridad es impotente para reprimirlos.*

*La violencia ejercida contra el agresor, el daño que puede causársele y la muerte misma que puede dársele, en caso de legítima defensa, no están sujetos á pena alguna, siempre que no se traspasen los límites legales fijados por este Código.*

La legítima defensa es, entre los medios de justificación, el mas importante é indiscutible ante la ley y la conciencia.

El hombre tiene ciertos derechos que son inherentes á su personalidad, una condición indispensable de su existencia; por tanto él tiene el deber de conservarlos, desde que todos los derechos ineludibles de la personalidad humana son al mismo tiempo deberes.

Estos derechos son inviolables y las leyes estan encargadas de proveer á su seguridad. De modo que, si otro ser inteligente y libre, saliendo de los límites de lo lícito, invade la esfera de mis derechos tengo la facultad de ponerlo fuera de mi domicilio jurídico, fuera del santuario de mi personalidad. Y cuando el ataque llevado á cabo por otra persona atentó precisamente, contra el derecho primordial y fundamental de la vida humana, esto es, el derecho á la vida y á la integridad orgánica, la *legítima defensa*, aparece mas claro é incontestable.

Se dirá que nadie puede hacerse justicia por sus propias manos y que eso de repeler la fuerza con la fuerza está en pugna con la defensa de los derechos sociales delegada en el Gobierno; pero cuando la acción de la autoridad no puede ser oportuna ó eficaz, convalence el derecho personal, al mismo tiempo que el deber develar cada uno por sí mismo.

El instinto de conservación el mas poderoso del hombre, mueve natural é irresistiblemente á este á defenderse y ese instinto, aceptado por la moral y el derecho natural ha sido tam-

bien sancionado por las leyes positivas, porque derechos tan sagrados como la vida el honor si otros, que no pueden ser reparados por una indemnización pecuniaria de un modo equivalente no pueden esperar la acción del Gobierno para su defensa en casos de un ataque violento é inminente.

Siendo la defensa legítima como hemos dicho no solamente un derecho sino tambien un deber, la Ley por mas celosa que fuese de su ministerio, no puede desconocer su legitimidad, porque la ley tiene que respetar la naturaleza humana y nuestra naturaleza, nos ha inspirado el sentimiento de la propia conservación, como el mas espontáneo, el mas instintivo el primero y el mas irresistible de todos los sentimientos.

Lo único que puede hacer ella dice Pacheco, es analizar ese recurso que ella admite, señalar la parte que en él sea legítima y distinguirla de la abusiva, exedente ó criminal; dar reglas para que se conozca hasta donde puede ser aceptado y en donde acaba su natural y respetable poder para convertirse en agresión, en abuso. Lo que puede hacer la ley es controlar ese derecho, como controla tantos otros, para que á su nombre no se introduzca el desorden en la sociedad, para que á pretexto de la defensa no que queden impunes verdaderos delitos.

A esto responden las condiciones que la doctrina y las leyes suelen requerir para que la defensa legítima pueda alegarse como justificación. Esas condiciones son:

1ª. AGRESION ILEGÍTIMA.—El ataque ha de ser injusto. En consecuencia la resistencia á los agentes de la autoridad pública que proceden en cumplimiento de un deber propio del desempeño de sus funciones, no es justificable y al contrario constituye un delito cuya gravedad varia segun el carácter de la desobediencia, desde el simple desacato hasta la rebelión.

Un corolario de esta condición es que: *no hay defensa legítima contra la defensa*.—De modo que, si el agresor ofendido por el que se defiende, emprende una lucha de la que resulta la herida ó muerte del agredi-

do, no podría alegar la legítima defensa, por haber revelado una fuerza que provocó injustamente y cuyas consecuencias debió sufrir ó retirarse.

2ª *Ataque violento.* La legítima defensa supone un ataque de esta naturaleza. Los males susceptibles de completa reparación dan lugar á acciones por medio de las cuales puede adquirirse indemnización plena del daño sufrido, pero los ataques violentos contra la vida, la libertad el pudor y los bienes mismos en ciertos casos, son irreparables sino no se les evita en oportunidad.

A estas dos condiciones se refieren las palabras *violencias ilícitas* empleadas por la primera parte del artículo que vamos estudiando.

3ª *Peligro inminente.* Es necesario que el ataque haya principiado ó esté por empezar. Comienza el ataque, no solamente cuando se ha dirigido el primer golpe sino también en el momento en que el agresor avanza con la intención decidida de ofender.

Un peligro lejano, aunque fuese seguro, no autoriza el empleo de la violencia, porque puede reclamarse el auxilio del poder público. Cualquiera que fuese la gravedad de la amenaza, la defensa no se justificaría sino se ha comprobado que la ejecución iba á principiar inmediatamente.

La seguridad del daño que entraña el peligro no es condición indispensable, basta su inminencia. La apreciación corresponde al que usa del derecho, pero también pesa sobre él la responsabilidad en el caso de obrar en virtud de un temor quimérico. La ley supone que el hombre en cualquiera circunstancia ha de usar razonablemente de sus facultades y si respeta el empleo legítimo de la fuerza no debe transigir con cobardías culpables.

En mérito de este principio es que la ley establece un criterio para apreciar en cada caso el tamaño é inminencia del peligro á los ojos del agredido; criterio que está sometido á un examen del sexo, edad, fuerza física y moral, lugar, tiempo y otras circunstancias, del sugeto y del hecho. «Es preciso reconocer dice el Comen-

tario oficial del Código de Baviera de donde se tomó el artículo del nuestro, que la persona atacada sorprendida por la agresión, no puede conservar siempre la sangre fría necesaria para observar la medida exacta de la defensa. Un hombre débil ó tímido ve el peligro mas grande que lo que es, otro se imagina que el primer ataque no es sino el preludio de otro mas peligroso.» Una ley equitativa no podría reprocharles haberse excedido de los límites de la defensa por miedo é irreflexión. En todo caso es el agresor la causa directa de esta irreflexión y miedo.

De acuerdo con estos principios establece el art. 157 de nuestro Código Penal que: *Cuando se ultrapasen los límites de la legítima defensa, si resulta de las circunstancias del lugar, del tiempo, de las personas, de la clase de ataque etc, que el individuo atacado no se excedió, si no bajo la impresión súbita de la turbación causado por un espanto irresistible, esta imprudencia excusable no podrá dar motivo á la aplicación de la pena.*

#### VIII

4ª *Necesidad racional del medio empleado para la defensa.*— Es preciso que ante la sana razón el ofendido se haya encontrado en la necesidad imperiosa de usar del medio empleado ó soportar la opresión.

La defensa legítima solo es justificable, cuando es proporcionada á la naturaleza y efectos de la agresión. Si la ley de la conservación es la que constituye la legitimidad de la defensa desde que ésta es llevada mas allá de lo necesario cesa la legitimidad de la escepción.

A estas ideas obedecen las disposiciones de los arts. 154 y 155 de nuestro Código Penal que dicen:

Art. 154. *El empleo de la violencia á nombre de la defensa privada no se considera legítima cuando la persona atacada haya tenido tiempo y posibilidad de recurrir á otros medios conocidos de ella para sustraerse sin peligro al ataque, resguardar su propiedad ó burlar de cualquier otro modo los proyectos del agresor.*

Art. 155. *Si es necesario recurrir á la violencia, el ejercicio de la defensa privada y el empleo de medios peligrosos no podrán llevarse mas allá de*

lo que sea necesario para desviar el peligro.

*En consecuencia el empleo de medios de defensa que puedan ser mortales será punible siempre que hubiese bastado una simple coerción para contener ó dominar al agresor.*

*Lo será igualmente si, pudiendo garantizarse del ataque por medio de una defensa negativa, se dirigen medios ofensivos contra la vida ó el cuerpo del adversario, ó si pudiendo inferir á su agresor una herida no peligrosa se le hiere ó se le mata.*

Estas dos abundantes disposiciones se podrían reducir á una más clara y corta que dije a por ejemplo lo siguiente: la defensa privada no se considerará legítima, cuando se ha podido evitar el peligro sin desagradables consecuencias ulteriores, ó cuando en su nombre se han empleado medios notoriamente excesivos para desviar el peligro ó contener la agresión.

De acuerdo con este principio, no sería legítima la defensa si la retirada de un lugar fuese un medio fácil y seguro para sustraerse al ataque; o si pudo dominar el peligro, llamando á quienes podían ayudarle. Tampoco sería legítimo el empleo de medios ofensivos contra el agresor, si éste fué desarmado, ó ha huido después de la embestida ó si hubiera bastado una simple coerción para contener al agresor.

Bajo estos conceptos, no puede alegar la *legítima defensa*, el que no evita encontrarse en un parage determinado, sabiendo que allí iba á dar con un adversario y con aviso del ataque de que iba á ser objeto; ni el que habiendo reducido á la impotencia ó á la fuga á su enemigo, le tira ó le mata en esas condiciones. En el primer caso no sería sino un duelo disfrazado y en el segundo un acto de venganza criminal completamente innecesario para salvarnos.

El derecho de defensa tiene por límites dice el Comentario Oficial de nuestro Código, la necesidad del medio empleado para la protección. El que puede salvarse por un medio inofensivo, no tiene derecho de acudir á un medio violento. Si tiene tiempo de huir debe usar esa medida. Si puede desarmar

á su agresor no debe herirlo. Si puede contenerle hiriéndolo no debe matarlo. Es preciso sin embargo suponer, que la persona atacada tenga conocimiento de esos medios de defensa mas suaves y que haya podido hacer uso de ellos sin peligro propio ó sin desdoro. Así la huida es imposible para el soldado que está de centinela, para el agente del orden público ó para el que teme con razón, que la huida ofrecería mas peligros ó encontraría en su camino otros enemigos.

Se pregunta si un particular cualquiera está en la obligación de huir siempre que tenga facilidad para ello, a pena de perder el beneficio de la legítima defensa. Entre los jurisconsultos antiguos era muy contravertida esta cuestión. Unos pensaban que la fuga nunca era un deber, tanto porque en sí mismo puede ofrecer serios peligros, como porque no puede realizarse sin deshonor y vergüenza. Otros sostenían por el contrario, que se debía huir de un ataque violento siempre que pudiera hacerse sin peligro. «La fuga dice Puffendorf, no tiene nada de vergonzoso ni de indigno, aun para el militar, puesto que no se huye por cobardía ó contra su deber, sino por obedecer á la razón que nos enseña, que no hay verdadera bravura en matar á un ciudadano de cuyos atentados podría ponernos á cubierto el magistrado.

En el foro de la conciencia, dicen Chauveau y Helie esta última opinión es enteramente exacta; el hombre debe evitar la ocasión de derramar sangre humana; solo una estricta necesidad puede absolverlo. El que pudiendo esquivar una agresión que amenaza su persona no lo hace comete una imprudencia. Pero esta falta no es bastante grave para que la defensa no sea legítima. La ley no crea deberes tan rigurosos, ni impone obligaciones tan estrictas. Le basta que la agresión haya puesto en peligro la persona, para que se reconozca la legitimidad de la escusa. El que el agente se exponga voluntariamente, no modifica la naturaleza del ataque, ni la gravedad del peligro, ni puede mirarse tampoco como un acto de provocación.

Es opinión corriente que la facilidad de la fuga, no quita su legitimidad á la defensa, máxime cuando por las condiciones personales del atacante y atacado fuera la fuga realmente degradante ó bochornosa.

«No sin repugnancia sinembargo agregan Chaveau y Helie, estenderíamos esta decisión al caso en que la agresión se ejecute, por un insensato, por un hombre ébrio, por un niño, ó por un agente de la fuerza pública que se engañase y tomase á la persona atacada por otra.»

«En estas diversas hipótesis el derecho de rechazar la fuerza por la fuerza, es cierto, se deriva como se ha dicho del derecho mismo, pero es preciso suponer dice Puffendorf, que no haya otro medio de evitar el peligro, de que uno se vé amenazado, condición que no debe observarse tan escrupulosamente, respecto de los que atacan con propósito deliberado. No es solo en efecto, un acto de prudencia, sinó una obligación rigurosa, el evitar el encuentro de un furioso, de un borracho, de un niño y huir de sus golpes siempre que sea posible. El pretexto de la vergüenza no es ya un obstáculo para la fuga y la humanidad reclama imperiosamente ponerse al abrigo de semejante ataque para no tener que rechazarlo. La prudencia pasaría en tal caso á ser una falta grave; y si está bien comprobado que el agente pudo evitar la agresión y que no lo ha hecho, nos parecería difícil admitir en su favor la escepción de la legítima defensa.»

Apesar de tan atendibles razones, como nuestro Código no distingue la regla general es que: reunidos los requisitos de la legítima defensa, es lícito el empleo de la fuerza contra el agresor, cualquiera que sea su calidad y sus intenciones definitivas. Por otro lado aquel á quien se le asalta repentinamente, no está en situación de considerar si la agresión proviene de un loco, de un ébrio, etc., ni de calcular si no pasará de amenazas. Cuando un hombre se precipita sobre otro previsto de un arma mortífera, en actitud ofensiva siempre hay razón para creer que la vida peligrará. Por lo demás es evi-

dente, que la aplicación de estos principios está subordinada á las circunstancias variables de cada caso.

«En los actos de ataque y de defensa, pueden haber mil diferencias y para apreciarlas bien, es preciso remontarse al momento mismo de su perpetración. Es preciso considerar el aislamiento, la posición, la fuerza física, el carácter mismo de la persona atacada. No es el peligro tal como puede existir á los ojos del juez, lo que contribuye el estado de legítima defensa, sino el peligro tal como se ha presentado á los ojos de la persona atacada. Es preciso pues tomar en cuenta sus terrores, su debilidad, las circunstancias que han podido extraviar su juicio. Si se ha creído de buena fé en el peligro, esta buena fé protege y legitima su defensa.»

A todo lo que llevamos dicho debemos agregar para concluir lo que establece la segunda parte del art. 157 y es; que no hay pena, *si defendiéndose la parte atacada emplea un medio de defensa lícito en sí mismo y proporcionado á la agresión aunque resulte en perjuicio del agresor un daño que no era necesario para contener el ataque y mas grande, que el que tuvo voluntad de inferir la persona forzada á defenderse.*

*Toca por lo demás á los tribunales decidir, segun las circunstancias de cada caso, si la trasgresion de los límites de la legítima defensa ha tenido lugar solamente por imprudencia y con intencion criminal.*

Por estas disposiciones se impone al Juez, el deber de investigar y fijar el punto en que la necesidad de la defensa cesa y en que el atacado continúa combatiendo, no ya para garantir su vida, sino para vengarse ó castigar. Los Tribunales deben declarar si el exceso de la defensa ha sido ó no voluntario, para evitar, dice el comentario oficial de nuestro código, que un hombre animado contra un tercero de sentimientos de odio, se sirviese de un pretexto ligero para deshacerse impunemente de su enemigo, bajo las apariencias de una defensa legítima.

Dice el art. 156 del Cód. Penal. En la extensión de los límites expresados la defensa es permitida:



1.º *Contra los ataques dirigidos a la persona atacada, cuando sean de naturaleza capaz de poner en peligro la vida, la libertad ó el pudor.*

2.º *Contra el individuo que tomado en flagrante delito de hurto, resista con armas, ó huya con el robo en actitud amenazante y sin obedecer las intimaciones del robado ó del agente público y sin poderseles aprehender de otro modo.*

3.º *Contra los actos criminales de violencia que tengan por objeto el deterioro ó la destrucción de la propiedad, mueble ó inmueble, y que amenacen la vida del dueño presente.*

4.º *Contra los que tienen penetrar por la fuerza, por efracción ó de cualquiera otro medio ilícito, en las propiedades raíces de otro, con peligro de la vida de sus habitantes.*

Este artículo no es sino una ampliación del art. 152.

Lo que dispone el inc. 1º. no puede ofrecer dificultad alguna; la vida la libertad y el pudor son bienes cuya pérdida, no puede ser reparada de un modo equivalente por los medios ordinarios de que la justicia dispone. Bien sabemos que la vida y la libertad son derechos, sagrados inalienables, imprescriptibles; y en cuanto al pudor, hay ultrajes, como la violación ó tentativa de violación á los cuales es preferible según Séneca la muerte misma, puesto que se trata de una mancha que pesaría toda la vida sobre la víctima *virginitas vel castitas corrupta restituit non poscit*. La necesidad que constituye la legitimidad de la defensa, se presenta pues en estos casos en toda su fuerza. Esta decisión era también regla general en la antigua jurisprudencia.

El inc. 2º. se refiere como se vé á la defensa del derecho de propiedad.

Es una cuestión de controversia desde muy antiguo, si la defensa de los bienes materiales autoriza el empleo de medios violentos; si se puede herir ó matar al ladrón. Esta cuestión ha sido objeto de soluciones contradictorias en la doctrina y en la legislación.

«La negativa se ha apoyado generalmente en que siendo la vida y miembros de nuestro cuerpo, como decía Puffendorf, cosas irreparables, no es extraño que la necesidad de la

defensa dé tan grandes privilegios.

Pero cuando se trata solamente de la pérdida de los bienes, capaces por su naturaleza de ser reparados y de los cuales algunos no parecen absolutamente necesarios para la vida, hay motivos para dudar, si puede verse la defensa, hasta quitar la vida al que quiere arrebatárnoslos ó nos despoja actualmente de ellos. La pérdida de los bienes dice Mouyart de Vouglans, no es como la de la vida y la del honor, absolutamente irreparable y no hay entonces proporción alguna entre los bienes y la vida que se quitaría para conservarlos. No hay ni puede haber otro derecho dicen Chaveau y Hélie, que derive de la propiedad misma, que el de velar por la conservación de la cosa; pues de pues rechazarse ó detenerse á los que amenazan despojarnos de ella; pero hay mucha distancia, de esta resistencia al homicidio».

Otros impugnan enérgicamente esta teoría calificándola de absurda. «Cómo! exclama un autor, un ciudadano, no podrá recurrir á la violencia para recobrar los bienes que se le quita? ¿deberá asistir estólcamente con los brazos cruzados á su despojo, quizás su ruina, porque la pérdida que sufre no es absolutamente irreparable, porque la justicia le ayudará á recuperar lo perdido ó por que con su trabajo y su ahorro podrá llegar á reparar esa pérdida? Si tal fuera el sentido de la ley, esa ley sería infusa, pues haría prevalecer la fuerza sobre el derecho, la conciencia universal la reprobatoria y jamás se encontraría un jurado que consintiera en aplicarla.»

La misma diversidad de solución ofrece la legislación comparada.

Nuestro Código ha intentado una solución puede decirse intermedia —Autoriza la legítima defensa de la propiedad en toda su extensión, en determinados casos no en todos; tales son: si el ladrón *resiste con armas* entregar lo robado, ó *huya con el robo en actitud amenazante*, sin obedecer las intimaciones del dueño ó del agente de la autoridad pública; y no se le puede aprehender de otro modo que hiriéndolo ó matándolo (inc. 2º.)

Las condiciones antedichas que la

ley enuncia son circunstancias que ella exige para otorgar la excepción de la legítima defensa contra el ladrón; y de ellos se desprende que el verdadero fundamento de la excepción aquí establecida no es precisamente la defensa de la propiedad, sino la actitud agresiva del ladrón que peligró al mismo tiempo la vida del dueño.

Esta opinión se confirma con la lectura del inc. 3º que autoriza la defensa de la propiedad contra el deterioro y la destrucción que se le lleve por el agresor, cuando por tal motivo se *amenace la vida del dueño presente*.

De modo que la regla sentada por nuestro Código es la defensa de la propiedad solo autoriza el uso la violencia si del atentado pueda resultar al mismo tiempo peligro para la vida del propietario.

La violación de la propiedad, esto es, la entrada en ella sin consentimiento del dueño, violenta ó clandestinamente, autoriza también la legítima defensa (inciso 4º); siempre que sea con *peligro de la vida*, de sus moradores. Siempre es el amparo a la vida, el principal fundamento de estas disposiciones.

Aunque el inciso 4º que estudiamos no lo menciona, merece atención especial, la circunstancia efectuarse de noche la entrada a una casa habitada. Los ataques dirigidos a una casa son siempre más graves cuando son nocturnos. Los habitantes de la casa atacada pueden con justo motivo temer que el asaltante tenga no sólo el designio de robar, sino el de ejercer violencias; ese ataque revela además una audacia más grande y durante la noche los socorros son más difíciles. El Comentario Oficial del artículo 129 del Código de Baviera, de donde se tomó al nuestro que estudiamos recomienda expresamente a la consideración del Juez la agravante mencionada.

La legítima defensa es admitida por la ley, no solo cuando se defiende uno a sí mismo, sino cuando acude en defensa de otra persona. Por eso el art. 153 de nuestro código Penal establece que: *toda persona está igualmente autorizada para prestar ayuda de hecho a los que se encuen-*

*tren en estado de legítima defensa, gozando el tercero en tal caso respecto de sí mismo y de la persona atacada de todos los derechos de la legítima defensa y comprendiéndole las obligaciones correspondientes, como si fuere la misma persona atacada.*

La ley romana limitaba esta facultad a los parientes ó *affines sibi vel suis*—Los doctores ó legistas extendieron su círculo despues poco a poco hasta hacer entrar en él los amigos, huéspedes y vecinos. Los escritores modernos, dándose cuenta de que no es, ni puede ser el afecto el fundamento de la legítima defensa de otro sino el deber moral de defender al tercero injustamente oprimido, por una agresión ilegítima sea cual fuere el atacado,—*etiam ignotissimum*—la otorga, contra todos y respecto de todos, siempre que en el hecho ocurrente se encuentren reunidos los requisitos legales—*cum internis cognationem quandam natura constituerit*.

El art. 153, se funda en un principio jurídico de alta importancia, uno de los fundamentales del orden social. En la humana convivencia, los derechos de los coasociados inherentes a la personalidad tienen la misma extensión é inviolabilidad; pueden representarse gráficamente por medios de círculos cotangentes que se tocan sin estralimitarse. Mientras cada uno permanece dentro de su círculo nadie tiene la facultad de ofenderlo; pero si un coasociado saliéndose de su esfera legal invade la ajena con intención dolosa, pierde el amparo de la moral y de la ley y cualquiera tiene el derecho de repeler su injusto atentado por medio de la fuerza. Lo que el poder público tiene derecho en contra del particular que acomete, eso mismo tiene derecho de ejecutar todo ciudadano en favor del inerte acometido injustamente.

La disposición que nos ocupa se funda además en una sana inteligencia del corazón humano. Es un movimiento del alma altamente generoso y noble, la indignación despertada en presencia del fuerte que maltrata al débil y nos decide olvidar el peligro personal para acudir al llamado de la desgracia. Ante el es-

pectáculo brutal de la fuerza que acomete es legítimo, es hermoso es consolador el espectáculo de la fuerza que protege. La ley en lugar de debilitar debe estimular este generoso concurso del valor y de la humanidad.

Es preciso tener en cuenta que para el ejercicio de la legítima defensa en favor de un tercero, deben concurrir los requisitos exigidos por la ley y la doctrina para la defensa propia que hemos visto ya. Sino se daría el absurdo, de que un extraño tuviese mayor derecho de defender nuestra persona y nuestros bienes, que nosotros mismos.

*Art. 195. No se presume que el acusado obra en estado de irresponsabilidad ó legítima defensa y es su obligación por consiguiente, establecer con pruebas bastantes, la certidumbre ó probabilidad de las circunstancias que la justifican.*

*Art. 160. Cuando por las declaraciones de los testigos, del agresor herido y reunión de presunciones y circunstancias particulares, parezca verosímil que el acusado se halló en estado de legítima defensa, á causa de lo peligroso del ataque, se presumirá que este ha sido ilegítimo y que se han observado los límites de la defensa permitida, mientras lo contrario no resulte claramente de los hechos de la causa.*

Fijándose uno en el texto de estas disposiciones se nota que ambas pueden reducirse á esto: *la irresponsabilidad no se presume salvo la prueba en contrario* ¿Pero era necesario que el Código dijera esto? No, porque en el art. 13 ya dijo que en toda acción punible se presume la responsabilidad salvo la prueba en contrario y siendo así, es natural que la *irresponsabilidad no se presume*—La superfluidad de los dos artículos que estudiamos es evidente—Cometido un hecho cualquiera la ley presume la voluntad criminal, pero si las de circunstancias particulares de la causa, declaraciones de testigos, del agresor herido y reunión de presunciones (plena prueba) resulta que hubo legítima defensa, entonces no habrá lugar al castigo. Exactamente lo que dice el art. 13—que ya hemos estudiado.

*Art. 161. Todo aquel que en estado de legítima defensa hiriese ó matase á alguno está obligado á dar aviso del suceso tan pronto como le sea posible á la autoridad mas inmediata.*

*Si no cumple con esta obligación ó trata de ocultar el hecho, se presumirá, que ha habido exceso en los límites de la defensa, aunque despues se demuestre que hubo ataque peligroso dirigido contra él.*

*Si el sumario destruye esa presunción, el acusado será absuelto por lo que hace á la herida y á la muerte; pero será condenado por haber ocultado el hecho, ó por haber omitido declararlo á la autoridad, con prision de ocho dias ó un mes.*

A primera vista este artículo parece innecesario. La razón y las conveniencias aconsejan al que tenga una causa de justificación absoluta de darla á conocer, puesto que de lo contrario pesaría sobre él la responsabilidad, no del exceso de legítima defensa como sin fijarse ha puesto aquí el codificador, introduciendo una confusión en materia tan delicada, sino la de crimen voluntario, según la regla general contenida en el art. 13. Esta presunción desfavorable sería por otro lado suficiente para compeler al agente á hacer la denuncia, y no que la Ley establezca como en el caso presente una doble sanción.

La disposición de nuestro Código, que castiga la omisión que nos ocupa como un delito especial, podría ser también impugnada en nombre de consideraciones sacadas de la práctica que hacen muy explicable la ocultación ó no revelación inmediata del hecho.

En primer lugar los que han procedido en legítima defensa generalmente no conocen la obligación de la denuncia impuesta por la Ley: bien sabido como es, que la presunción del conocimiento de la ley por todos los ciudadanos es una presunción falsísima sarcástica, sostenida únicamente por la necesidad imprescindible de la conservación del orden social. En segundo lugar aun cuando la conociesen tendrían dice el Dr. Riverola dos motivos poderosos que le harán vacilar en la denuncia: las contingencias del juicio en el cual



no sabe si podrá ó nó justificar su inocencia y la prisión preventiva que trae aparejada el hecho y que dura lo que el proceso. Entre nosotros esta última razón es singularmente poderosa, porque raro es el proceso que dura menos de un año. De modo que castigar por no haber denunciado la defensa solamente, en vista de tan atendibles razones, parecería una injusticia y una irregularidad.

A pesar de tan racionales argumentaciones, me parece conveniente, que se mantenga la sanción especial que nuestra ley establece. La omisión de la denuncia puede acarrear á la justicia muchos trabajos y pasos inútiles, así como afligentes equivocaciones que harán padecer á uno ó mas inocentes.—Por sus desagradables consecuencias la omisión de la denuncia podría pues caber perfectamente entre las *omisiones culpables*, siempre que sea castigada con penas muy leves.

Nuestro Código le aplica solamente de ocho dias á un mes de prisión, pena por cierto levisima.—De ocho dias á un mes de arresto, quiso decir, seguramente el Código porque segun el art. 113 del mismo la pena de prisión «no puede bajar de un año en pasar de tres».

### III

Tales son las causas de irresponsabilidad y de justificación que admite nuestro Código.

Otros Códigos entre ellos el Proyecto de Nuevo Código Penal para nosotros—menciona entre las causas de justificación al cónyuge que sorprendido en flagrante adulterio á su consorte hiere ó mata á los culpables ó á uno de ellos. El fundamento de esta exención de responsabilidad esta en el estado de ánimo, en la situación en que debe encontrarse momentaneamente el cónyuge, cuando sorprende á su consorte en adulterio. En presencia de la injuria grave que se infliere á su honor y al de su familia, se explica que el individuo obre de la manera mas violenta posible. Es necesario no obstante hacer una salvedad; y es que la conducta del cónyuge ofendido, no escuse, motive ó justifique el adulterio.

Por análogos motivos el Proyecto de Reformas al Código Penal

exime tambien de responsabilidad á los descendientes y hermanos de una menor cuando obraren en vindicación inmediata de su honor, respecto del seductor sorprendido infraganti, siempre que la seducción no sea excusable por la condescendencia de los vindicadores».

No se puede asegurar que se hayan enumerado todos los casos existentes ó posibles de irresponsabilidad, pero si los mas importantes y conocidos. En la práctica se presentan casos tan raros de no imputabilidad, que el criterio judicial apreciará en oportunidad, con el arbitrio prudente que toda ley previsora debe otorgarle al respecto.

### Lección XIII

Circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad —I. Causas de atenuación legal—II. Causas de atenuación y de agravación legal—III. Causas de atenuación y de agravación prudencial.

Después de haber estudiado las cuestiones referentes á la responsabilidad ó irresponsabilidad criminales, tócanos conocer y examinar unas circunstancias ó causas, que sin eliminar la imputabilidad penal, la modifican en un sentido ó en otro, haciendo que un mismo hecho delictuoso, sea castigado distintamente segun los casos.

Entre la plena responsabilidad y la irresponsabilidad completa la razón admite una serie de gradaciones «El delito no es una cosa simple sino compuesta, no es una unidad sino un número y en este concepto todos los hechos que concurren en él sirven para modificar su gravedad: de parte del agente, de parte de la víctima, por los accesorios extraños, por el tiempo, por el lugar, por los causantes, por la forma, todos son motivos que influyen en su importancia á los ojos de la ley. No hay dos hechos completamente iguales: tal es la ley de la naturaleza que tiene horror á la igualdad.»

Asi pues un mismo delito una propia acción criminal, no siempre es igual consigo misma, ni merece una misma pena, por mas que sea idéntico el nombre que los distinguen en todos los casos. De un homicidio á otro hay continuamente gran diferencia, no es una pena sola la que



ha de castigarlos sin consideración á sus circunstancias particulares.

Las circunstancias á que nos referimos son las llamadas, *circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Las primeras son aquellas que apareciendo en un delito, rebaja la culpabilidad del agente y las segundas son las que por su concurrencia en un hecho punible, aumentan la culpabilidad del autor.

Admitiendo que la responsabilidad puede ser modificada de mil maneras no es aceptable que la ley tenga que imponer una pena invariable en todos los hechos análogos. Forzosamente tiene que tomar en consideración las circunstancias particulares de cada hecho y las condiciones personales del autor, por donde se explica que las legislaciones hayan adoptado unánimemente el sistema de establecer no una pena inflexible, sino penas variables dentro de ciertos límites fijados por la ley misma entre los cuales debe moverse el juez para imponer una pena conveniente, según las circunstancias atenuantes y gravantes fundadas en la naturaleza del hecho y las cualidades del sujeto.

Nuestro Código, distingue la *atenuación y agravación legal de la pena y la atenuación y agravación prudencial*. En el primer caso la atenuación y la agravación son la obra de la ley misma que en ciertos casos especiales eleva ó reduce la sanción penal. En el segundo caso la fijación de la pena depende del arbitrio del Juez, que obra dentro de los límites del poder discrecional que tiene, siempre que se mantenga entre el máximo y el mínimo de pena fijados por la misma ley.

#### I

La primera y mas importante causa de atención legal es la *edad*,

*Los mayores de diez años pero menores de catorce, dice el art. 165 que sean reconocidos capaces de imputabilidad, no serán castigados por crimen voluntario sino con prisión de dos meses á un año que se agravará según las circunstancias con trabajo forzado dentro de la prisión.*

¿Qué querrá decir nuestro Código, con la frase que sean reconocidos ca-

*paces de imputabilidad?* ¿Querrá significar acaso, que si son reconocidos incapaces de imputabilidad serán irresponsables, como hemos visto que lo establecen muchos Códigos? El comentario oficial, no esclarece la mente de nuestra ley, pero por las leyes extranjeras que cita así como por las transcripciones de la doctrina de algunos escritores como Blackstone, Chauveau y Helie, que aceptan la irresponsabilidad de los mayores de diez años y menores de catorce, por falta de discernimiento, se puede deducir que ese es también el espíritu de nuestra legislación. Y como en la práctica el caso se ha de resolver por el principio *in dubio pro reo*, establecido por nuestras leyes, venimos á caer en la responsabilidad incierta de los menores de catorce años y mayores de diez, sometida á la prueba del discernimiento, que ya hemos estudiado al tratar de la *irresponsabilidad criminalidad*.

La pena que establece el Código, para el menor de catorce años capaz de imputabilidad, cuando comete un *crimen* voluntario es la de dos meses á un año de *prisión*. Por segunda vez recordamos que la pena de prisión según el art. 113 no puede bajar de un año.

El *trabajo forzado* que este artículo admite en ciertos casos para los niños menores de catorce años me parece irregular é inconveniente. Los niños en la edad indicada son de ordinario todavía ineptos para el trabajo y por otro lado tendríamos la iniquidad de que mientras los adultos condenados á dos y tres años de prisión no están obligados en ningún caso á trabajar durante la condena, los niños condenados á unos pocos meses puedan ser sometidos á trabajos forzados.

Del silencio de la ley, respecto de los menores de catorce años imputables, cuando cometen un *delito* ó una *contravención* se desprende que ella ha querido castigarlos solamente cuando cometen *crímenes*. Nadie puede sufrir una pena que no esté expresamente establecida por la ley con anterioridad al hecho del proceso.

Resumiendo tenemos: que la edad comprendida entre los diez y los catorce años, es eximente de responsa-



bilidad, cuando el sujeto es reconocido incapaz de imputabilidad esto es de discernimiento; y cuando es declarado capaz es una causa de inmensa atenuación. La primera solución ya la hemos criticado al hablar de la irresponsabilidad de los menores de diez años; con la segunda estamos conformes, siempre que no se someta al niño a un trabajo forzado y sí a una educación eficaz teniendo en cuenta sus condiciones personales.

Avanzando un paso mas, encontramos que para los efectos de la atenuación legal de la pena, nuestro Código Penal al igual de otros muchos, establece un segundo periodo de la menor edad y es la comprendida entre los catorce y los diez y ocho años.

*Si en el momento de la consumación del crimen, dice el art. 166, los culpables son mayores de catorce años, pero menores de diez y ocho y son además reconocidos capaces de imputabilidad, la pena se disminuirá de la manera siguiente: la pena de muerte, por la de penitenciaría de diez a quince años; el presidio o penitenciaría de tiempo indeterminado, por seis a diez años de penitenciaría y el presidio o penitenciaría de tiempo determinado con prisión de uno o tres años.*

La frase *y son además reconocidos capaces de imputabilidad* empleada por este artículo, así como el tenor del Comentario Oficial del artículo 99 del Código de Baviera de donde se tomó esta disposición, que establece la presunción de la inocencia hasta los diez y ocho años, nos indican claramente que para castigar a un menor de diez y ocho años, aunque fuere mayor de catorce es necesario que se haya reconocido su capacidad para conocer las consecuencias de sus actos.

Pero, ¿es posible admitir como una presunción legal, la falta del discernimiento hasta los diez y ocho años? De ninguna manera, a no ser que se trate de aquellos que nunca lo tendrán.

Admitir que un hombre mayor de catorce años, que ya puede casarse por nuestras leyes civiles, y por lo tanto son reconocidos ya capaces de asumir la delicada responsabilidad de un padre de familia, no sea imputable criminalmente sinó después de

haberse comprobado su capacidad, es un absurdo insostenible ante la razón y ante los hechos. Es ridículo afirmar que un joven de una organización mental normal o regular, puede ser inconsciente hasta los dieciocho años. Apémos al testimonio de nuestra propia conciencia y esta nos dirá que mucho antes de esa edad ya conocíamos el concepto popular y corriente de los actos criminales, nos horrorizaban los que los cometían y sabíamos que el poder social castiga severamente esos atentados.

Menos mal, que la ley deja abierto un camino por donde los Tribunales pueden eludir el cumplimiento de tan original disposición y es el reconocimiento pericial del discernimiento del agente. Seguro estamos de que esta prueba dará siempre por resultado la imputabilidad del agente, a no ser que se trata de un imbécil, en cuyo caso, será exento de pena por este motivo y no por el de la edad.

La edad de catorce hasta diez y ocho años es como se ve por el artículo que estudiamos una causa de inmensa atenuación; tanto que por el texto de la disposición que nos ocupa, así como por el silencio de la ley respecto de los hechos que merecen menos pena los menores de diez y ocho años y mayores de catorce, solo son punibles cuando cometan crímenes que merecen pena de muerte o presidio.

Esta solución ha sido confirmada por la jurisprudencia de nuestros tribunales en un caso precisamente de mi práctica. El menor de 17 años Justo Galeano, dió muerte en la Villa del Rosario, al individuo Matias Rivarola, que le había dado un garrotazo. Con haber tenido diez y ocho años la pena correspondiente era la de tres años de prisión, pero como solo tuvo 17 en el acto de la consumación del crimen, el Tribunal lo declaró exento de pena, porque la ley no prevé el caso.

El principio sentado por el art. 166 de nuestro Código y confirmado por la jurisprudencia me parece inconveniente peligroso y hasta injusto.

Es inconveniente porque no tiene

ningun fundamento legal ni jurídico, el que por diferencia de un año á otro (de 17 á 18), solo de meses en ciertos casos, quizás de dias alguna vez, la ley tenga que dar un salto tan violento, como es el de la irresponsabilidad absoluta á la de tres años de prisión.

Es peligroso, porque en todas partes y particularmente entre nosotros son bien conocidas la precocidad criminal de los menores de diez y ocho años y su afición á las mujeres, vino, juego y portación de armas, y como por el art. 166 no se les podría imponer penas sino por crímenes atroces, resulta q' están facultados por la ley para cometer toda clase de delitos, cuya pena no exeda de seis años de presidio.

Es también injusto, porque según el artículo que nos ocupa los mayores de catorce y menores de diez y ocho años están exentos de responsabilidad en casos en que los menores de catorce y mayores de diez no lo están. En efecto, tomando por ejemplo, el caso práctico citado de Justo Galeano, resulta que si este hubiere tenido doce años, hubiera sido castigado con dos meses á un año de prisión, según el artículo anterior, por el crimen de homicidio por provocación de la víctima, (artículo 165), en tanto que por la disposición que examinamos teniendo diecisiete años está exento de pena.

*Pasados los diez y ocho años, agrega el mismo art. 166, no habrá lugar á moderación alguna. Sin embargo los tribunales, podrán según las circunstancias reemplazar la pena de muerte con la de penitenciarío, por tiempo indeterminado. desde los diez y ocho años hasta los veintidos años cumylidos.*

Las palabras *podrán según las circunstancias* empleadas en este precepto, coloca la menor edad de diez y ocho á veintidos años, entre las causas de atenuación simplemente *prudencial*, puesto que depende del arbitrio del Juez tomarla en cuenta ó nó; ahora bien que es *prudencial* no es legal y no puede ir en este capítulo.

Las palabras á que nos referimos deben ser suprimidas en mi concepto por consideraciones de justicia y equidad. Así quedará el Juez en la

obligación de tomar en cuenta en todos los casos la menor edad cuando se trate de la aplicación de la pena de muerte—El menor de 22 años, no puede decirse que haya llegado aun á la completa madurez intelectual circunstancia que merece siempre alguna consideración. Además imponer la pena de muerte á una persona que por su edad relativamente corta, es todavía susceptible de una regeneración moral, de una reforma radical, sería siempre muy doloroso y hasta parecería una crueldad inútil de la justicia. La pena de muerte es bien sabido que no se debe aplicar sinó á ciertos monstruos, de quienes la sociedad ya nada bueno puede esperar.

Para efectuar la medida de las penas, este es para hacer el cómputo de ellas según las proporciones establecidas en los art. 165 y 166 del Cod. se tomará particularmente en consideración la naturaleza de la infracción en si misma, la edad mas ó menos avanzada del culpable el carácter de su inteligencia el grado de su educación y las malas inclinaciones que hubiese manifestado (art. 167).

Así es que el Juez, para aumentar ó disminuir dentro de los límites legales las penas que deben aplicarse á los menores, debe fijarse en todas las circunstancias particulares mencionadas. Bajo esta reglas castigaré con mas severidad á los que tengan 17 años que á los que tengan 15, á los que demuestren tener una reflexión serena y fria que á los de cascos livianos, ligeros ó infantiles, á los que hayan recibido una educación suficiente que á los que no la han recibido, y por fin con mas pena á los que continuamente dan motivo para correcciones demostrando una perversidad anormal, que á los que por primera vez incurrn en incorrecciones y delitos.

Cumpliendo con un deber moral y de humanidad la ley manda que los condenados menores de diez y ocho años, deben estar separados en las cárceles y penitenciarias de los demás condenados, preservandoles tanto como sea posible del contacto de estos últimos y agregando á la prisión un trabajo moderado y una edu-

cación religiosa y moral, apropiada á sus años, (art. 168).

La ley considera con razón que en esta clase de condenados mas abundan los ignorantes que los pervertidos, los extraviados que los culpables. Además es muy posible, que en esta edad, no estando los hábitos muy arraigados todavía, ni los sentimientos muy profundamente pervertidos los jóvenes delincuentes sometidos á una enseñanza conveniente y oportuna pueden ser regenerados y convertidos al bien. Respecto de esta clase de condenados los saludables efectos del sistema penitenciario, que consiste en el trabajo y educación dentro de los prisiones, son indudables y es un deber de la ley perseguir esos beneficios.

Mucha importancia tiene y debe cumplirse rigurosamente el precepto del Código, de la conveniente separación de los menores delincuentes de los criminales adultos. El vicio y los delitos son en extremo contagiosos. «Existe como un espíritu contagioso oculto en el espíritu de los malvados, que se comunica mas insensiblemente á las almas, que en el cuerpo á los que se aproximen á los apestados».

La fuerza espantosa de propagación que tiene el mal por si misma se aumenta con la malicia de los que lo comunican. Asi como la mujer de malas costumbres se complace con fruición en atraer á ella las mujeres honradas, procurando hacerles participes de su vil condición y les parece mas soportable su oprobio compartiendolo con una mujer mas honesta y en tal empresa ponen un empeño digno de mejor causa, asi tambien los hombres corrompidos procuran corromper á los demas, los criminales extender á otros su perversidad. La semilla del mal echará mas facil y profundante sus raices en un corazón joven tierno é incauto, de donde el contacto que quiere evitar la ley resulta realmente temible. En muy poco tiempo los menores habrán perdido los ultimos vestigios de moralidad y buenos sentimientos que aun le restaban y que sin ese contacto quizas habrian sido el fundamento de su regeneración moral.

En mérito de estas consideracio-

nes, es á todas luces criminal la conducta de nuestros directores de la Cárcel, que con flagrante violación de la ley, mantienen en una promiscuidad inmoral y peligrosísima á los menores castigados por delitos leves con los asesinos y parricidas; á los niños condenados á algunos días de arresto por riñas callejeras, con los que se libraron de la pena capital por gracia del P. E. Es deber de los fiscales, defensores, de menores en particular y del poder público en general hacer cesar tan irregular estado de cosas, que contraria abiertamente los preceptos de la moral y de la Ley.

Considerando nuestro Código que la imprevisión es propia de la juventud, no castiga las infracciones legales cometidas hasta los diez y ocho años, sometiendo á sus autores únicamente á la corrección doméstica ó vigilancia de la autoridad si las circunstancias lo exigieren (art. 169).

Pero si se decide que no merece pena el menor de diez y ocho años que causaron un daño por imprudencia, la ley no los hará entrar de nuevo en sociedad dice el Comentario Oficial de nuestro Código, sin que alguno tenga las miradas fijas sobre su conducta. Asi es que serán entregados á sus padres si es que merecen confianza con el cargo expresado de corregirlos, y sino la autoridad vigilará su conducta.

*La edad avanzada del culculpe, dice el art. 170, no producirá efecto si, no despues de los setenta años y este efecto consistirá solo, en conmutarle la pena de muerte en penitenciaria por el tiempo de vida que le falte, ó en dispensarle las trabajos forzosos de la de presidio.*

La senectud lejos de una atenuante de la responsabilidad debria en rigor ser motivo de mas culpabilidad, por que tiene en su contra las despreciadas lecciones de una larga experiencia, los hábitos morales inveterados y el amortiguamiento de las pasiones. Si pues la ley disminuye la pena de los viejos en la forma indicada en el artículo que estudiamos no es porque la vejez, sea incompatible con la criminalidad, sino porque seria una crueldad inutil inponer la pena de muerte á un anciano septuagenario

que por su edad ya se encuentra pisando los dinteles de la tumba y por que los trabajos duros y penosos, á que están obligados por nuestro código los condenados á presidio, serían de una gravedad escepcional para hombres, que no tienen la fuerza material necesaria para sorportarlos.

Dice el art. 171 *Cuando la detención preventiva excede de seis meses, sin culpa del acusado la duración de la pena impuesta, se disminuirá en proporción á la detención indebidamente sufrida y si de esta disminución resulta, que la pena legalmente impuesta está agotada, la detención equivaldrá á la pena misma.*

*En las penas por tiempo indeterminado, esta circunstancia tendrá el efecto de disminuir proporcionalmente, el tiempo de requerido para la demanda de reduccion.*

Este artículo uno de los mas embrollados de nuestro Código Penal no lo vemos registrado en ninguno de los Códigos modernos que poseemos. Fué tomado por el doctor Téjedor del art. 104 del Cód. de Baviera. Figura tambien en el Cód. Español del año 1822 (art. 98).

Su espíritu no nos es completamente conocido, porque en el Comentario Oficial, no encontramos su explicación.

Nos asalta en primer lugar una duda: la prisión preventiva debe descontarse de la pena impuesta solamente cuando excede de seis meses sin culpa del acusado? No creemos que tal sea el espíritu de nuestro Código, porque el absurdo de tal solución sería evidente.

Supóngase un individuo que después de sufrir cinco meses de prisión preventiva, sale condenado á cinco meses y medio de arresto, y otro que después de haber sufrido seis meses y medio de arresto preventivo sale condenado á siete meses de pena.—Si la prisión preventiva es descontable únicamente si excede de seis meses llegaríamos al absurdo de que el primer acusado á que nos referimos, sufriría íntegra la pena á que salió condenado esto es cinco meses y medio, mientras el segundo descontándosele los seis meses y medio preventivos solo sufrirá medio mes mas;

es decir que la persona menos delincuente sufrirá mas pena por día quizás de la misma justicia.

Ahora bien si en mérito de este raciocinio es forzoso tener en cuenta para el cómputo de la pena definitivamente impuesta la prisión preventiva aun cuando no exceda de seis meses ¿en qué consistirá la atenuación, originada por la circunstancia de que la prevención ha durado mas de seis meses sin culpa del acusado si pasando ó no de este límite ha de tomarse siempre en cuenta para descontarse de la pena? La atenuación si existe no puede ser otra que la de asimilar la pena de prisión preventiva á las superiores penitenciarias y presidio—Así un individuo condenado á ocho años de presidio, y cuya prisión preventiva duró dos años solo sufrirá seis años mas; otro condenado á seis de penitenciaría con un año de prisión preventiva solo sufrirá cinco; es decir que un día ó un mes de prisión preventiva equivaldrá á otro de presidio ó penitenciaría. De aquí resultaría otro absurdo y es que los efectos de la atenuación de este artículo serían tanto mas cuanto mas graves fueren los crímenes cometidos. Habría desigualdad ante la ley en favor del mas criminal—puesto que la pena de presidio es mucho mas grave que la penitenciaría. Un día de presidio debe computarse por lo menos por dos de penitenciaría.

Y si la prisión preventiva de estos condenados no duró sino cinco meses y medio, en cuyo caso no existiendo la causa de atenuación mencionada, no es equiparable á las penas superiores? ¿en qué proporción ha de entrar á formar parte de la pena superior impuesta? ¿Cómo se ha de computar esa prisión preventiva con relación á la penitenciaría y presidio?

Nuestros Jueces acostumbran siempre descontar la prisión preventiva, por que todas sus condenaciones, la hacen partir desde el día en que el reo fué privado de libertad; pero esta jurisprudencia no es muy correcta desde que coloca en una misma línea de gravedad todas las penas privativas de la libertad.

El Código Penal Argentino ha re-

suelto el problema con una sencilla tabla de reducción. Dice el art. 49 «El tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido el condenado se le computará: por dos días de prisión uno de presidio; por dos días de prisión uno de penitenciaría; por una de prisión otro de la misma pena; por dos días de arresto uno de prisión y por uno de esta pena cuatro pesos de multa.

Aparte de todo no veo yo razón suficiente para que la duración de la prisión preventiva mas de seis meses, sea una atenuante de responsabilidad ó de pena. Es ella una circunstancia, fundada en un hecho completamente ageno al delito y á la persona del delincuente—Además es necesario, tener presente que entre nosotros no hay proceso que dure menos de seis meses, y en otras partes tambien de ordinario alcanza esa duración y la responsabilidad no debe modificarse por motivos tan fútiles y frecuentes.

*En las crímenes capitales, la causa enunciada de atenuación si dura dos ó mas años, dice el art. 172, impedirá la aplicación de la pena de muerte que será conmutada, por la de presidio ó penitenciaría por tiempo indeterminado.*

Este artículo es una de tantas trabas, que se pone á la aplicación de la pena capital—trabas que han hecho de esta pena, como veremos, mas tarde algo como así como «los fantoches espanta pájaros que se colocan en los campos sembrados» Al principio los pájaros los toman por hombres y se asustan, pero descubierto, que aun comiendo el grano no se mueven, pierden el miedo y saltan al rededor.»

Sin embargo si es cierto, que la repulsión hacia la ejecución de las penas capitales, crece en razón directa del tiempo transcurrido desde el crimen, se habría hallado un justificativo razonable á este precepto.

Merced al socorrido recurso que presta á los defensores el artículo que nos ocupa, entre nosotros son muy raras las condenas capitales, aun cuando los asesinatos sean bastante frecuentes. Con la desidia mortal de nuestros tribunales, muy poca habilidad necesita un abogado

para colocar á su defendido al amparo de esta disposición.

Dice el art. 173.—*Cuando se haya demostrado regularmente, el crimen contra el acusado, pero uno ó varios de los elementos, que constituyen la sustancia del crimen sean inciertos ó incompletos los tribunales aplicarán una pena inferior á la señalada por la ley, á menos que el caso este previsto y decidido de otro modo por una disposición especial. La disminución se hará en consideración á la importancia y número, de las condiciones que no se encuentren en la causa y que se requiere para la aplicación completo de la pena legal.*

Este artículo es el 106 del Cód. de Baviera y explicándolo en una nota el Codificador se expresa en estos términos.

«Sería un grave error imaginarse que por este artículo, entendiéndonos admitir condenaciones extraordinarias, en el caso de simples sospechas ó de pruebas imperfectas. Este artículo supone al contrario, que la demostración de la culpabilidad es completa y que la incertidumbre recae únicamente, sobre uno de los elementos, de la consumación del crimen. Así dos individuos se acusan recíprocamente de un asesinato. Se sabe que los dos han participado del hecho pero se ignora la medida de su cooperación respectiva. En este estado de cosas el juez podría condenar á muerte á uno y otro. El Código decide por el contrario, que á ninguno se aplicará la pena capital y disminuye el grado de la pena, porque quiere tener en cuenta, las circunstancias que han quedado oscuras, aunque estas circunstancias solo sean accesorias y no disminuyan la certidumbre de su capacidad, respecto del hecho principal.»

Las causas de agravación legal de la pena según nuestro Código Penal son la *reincidencia* y la *reiteración* (art. 175).

Existen divergencias entre penalistas y legislaciones, sobre el alcance de la palabra *reincidencia*.

Algunos entienden por *reincidencia* la comisión de un delito, despues de haber sido el culpable condenado, por otro de la misma especie, dentro de un término fijado de antemano



por la ley. Por ejemplo: sería reincidente con arreglo á esta noción, el que despues de haber sido condenado por un robo cometa otro robo, dentro de un término establecido por la ley; pero no si el segundo delito, fuera de índole ó especie diferente del primero como una injuria ó una lesión.

Para otros existe la *reincidencia*, cuando el segundo delito no es ya de la misma especie del primero, sino del mismo género; así sería reincidente el que despues de cometer un robo, comete cualquier otro delito *contra la propiedad*, como un hurto, una estafa una defraudación etc.

Nuestro Código acepta la primera noción, la reincidencia en especie, de una manera bien determinada. Es considerado reincidente, segun el art. 179 *el que despues de sufrir una pena, cometa nueva y voluntariamente, dentro de los diez años siguientes un crimen de la misma especie.*

Segun algunos penalistas, ni la reincidencia en especie de nuestro Código, ni la reincidencia en género de otras legislaciones, que limitan el alcance de la reincidencia de las maneras ya expresadas son satisfactorias. La reincidencia—dicen—es una circunstancia personal, que sirve antes que todo para averiguar el hábito del delito ó la mayor capacidad criminal de un individuo.—En este concepto la sociedad no puede, segun ellos, conformarse, con una noción tan estrecha, que solo tienda á abarcar la reincidencia en género ó en especie.

Los que solo aceptan, la reincidencia en género y en especie, opinan que el individuo que comete delitos diferentes, es porque no tiene inclinaciones ó aptitudes para cierta clase especial, lo que lo hace poco temible porque comete acciones de distinta índole que pueden responder á móviles muy distintos. Pero los impugnadores de las reincidencias particulares ó limitadas, afirman que eso es un error; sostienen q' el individuo q' roba, que mata, que estafa, que viola, que recorre la lista de los delitos ó una buena parte de ella, indudablemente demuestra mejor aptitud para el delito, que el que solo sabe cometer una clase de ellos; fuera de

que sabiendo cometer muchas clases de delitos, las ocasiones que se le presenten para ello serán mucho mas numerosas y por consiguiente el sujeto mucho mas peligroso para la sociedad. De ahí que la doctrina ya que no los Códigos desde Ortolan hasta ahora tienda á establecer la reincidencia en general, es decir que será reincidente, todo individuo, que despues de haber sido condenado por un delito cometa otro de cualquier clase, sin tener en cuenta ni la especie, ni el género, ni el plazo. Este autor hace notar que las legislaciones se han estrenado con las reincidencias especiales y que esa previsión representa la infancia de la penalidad sobre este punto, pero que á medida que la ciencia penal se forma, y los mirages del legislador se ensanchan, las previsiones tambien deben estenderse hasta llegar á las reincidencias generales.

Ya que no la reincidencia general, que como hemos dicho permanece aun en el terreno de las especulaciones doctrinales, es de desear que nuestra legislación penal acepte siquiera la reincidencia en género. Lo reincidencia en especie es demasiado estrecha y atrasada, tanto que un criminal procediendo con un poco de habilidad, cometerá innumerables delitos, sin ser reincidente para nuestra ley. Veremos si el Proyecto de Reformas al Código Penal ensancha mas, el criterio de nuestra ley actual.

La reincidencia dice Ortolan, merece una agravación de pena: bajo el punto de vista de la Justicia, porque demuestra en el delincuente una persistencia en infringir la ley penal, que aumenta incontestablemente su culpabilidad; bajo el punto de vista de la utilidad social, por que denota un peligro mas grande la infracción de la ley penal por parte del reincidente y la ineficacia de la penalidad ordinaria contra él.

Nuestro Código agrava la pena del reincidente de la manera siguiente:

El condenado á presidio ó penitenciaría por tiempo determinado, será castigado en caso de reincidencia, con presidio ó penitenciaría por tiempo indeterminado—(art. 180).

La prisión ó arresto, se aumentará

por la primera reincidencia, con una cantidad igual á la de la primera condenación y así sucesivamente en las reincidencias ulteriores hasta llegar al máximun determinado por la ley en cuyo caso se aplicará el mínimun de la pena inmediatamente superior, (art. 182); pero si se trata de delitos que no merecen mas de seis meses de arresto, la prisión en casos de reincidencia no podrá pasar mas de dos años (art. 183.)

La multa se aumentará en la misma proporción que los delitos de prisión y arresto.

La suspensión del derecho de ejercer una profesión y comercio se aumentará al doble y si reincidiese por tercera vez se perderá totalmente el derecho (art. 183).

Se puede observar, á nuestro Código que estableciendo en su art. 90, muchas mas penas que las nombradas, se ha olvidado de sancionar como se ha de agravarlas al reincidente en tales penas.

Dejando á un lado la muy poco importantes, de retractación, satisfacción, reprensión, vigilancia de la autoridad etc, tenemos todavía que no dice una palabra, de las importantísimas de destierro, confinamiento á inhabilitación.

Ademas no ha establecido un criterio, segun el cual se pueda conocer la pena inmediatamente superior respecto de otra, lo que imposibilita la aplicación del art. 180.—Se comprende que la pena inmediatamente superior á la de presidio menor sea la de presidio mayor ¿Pero cuál es la pena inmediatamente superior á la de prisión? ¿Cuál á la de inhabilitación y retractación? cuál á la de destierro y confinamiento?

El Código Argentino adolece de este mismo defecto.

La reiteración ó concurso de delitos, es la repetición por el mismo autor de varios hechos punibles, sin que el agente haya sido juzgado por ninguno de ellos, de manera que las diferentes infracciones cometidas, vengán á ser objeto de un solo juicio y de una sola condenación, ó como dice nuestro Código «la reunión en un mismo malhechor de dos ó varios crímenes no castigados todavía y que deben ser juzgados en

un solo proceso» y por el mismo Tribunal (art. 176).

El concurso de delitos puede ser *ideal* y *real*. Hay concurso ideal cuando de un solo hecho resultan muchos crímenes ó delitos, es decir cuando por un solo acto punible se violan diferentes preceptos legales como por ejemplo: si para robar se mata, se lesiona se incendia ó se rompen las paredes y muebles. Es *real* el concurso, cuando por diferentes actos independientes entre si, se han violado distintas prescripciones legales, se han cometido diferentes delitos: así por ejemplo un individuo comete una estafa, mañana una lesión, despues un ataque al pudor etc, sin que por ninguno de ellos haya caído bajo la acción de la justicia.

La doctrina sobre la represión de estas dos clases de concurso de delitos no es uniforme, ni está exenta de discusiones, á causa de algunas dificultades que ofrece en la practica, la represión de un conjunto de hechos de diferente naturaleza y gravedad.

Respecto del concurso ideal la teoría mejor fundada y preferida actualmente, es la que sostiene que debe imponerse al actor del hecho la pena correspondiente á la violación del derecho superior, esto es, la pena del hecho reputado mas grave por la ley. Así en el ejemplo propuesto la pena que se impondría sería la del homicidio, por que esa es la violación que ha perjudicado el derecho superior. El fundamento de esta solución, es que ha habido un solo pensamiento, una sola resolución y un solo hecho, y por lo tanto que el delito no ha perdido su unidad. Esta solución se extiende á los delitos llamados *continuos*, en que los distintos hechos que ejecuta el criminal, no son independientes entre sí, sino que forman un conjunto encaminado á un solo propósito; por ejemplo: la detención privada y la bigamia. Este principio ha sido sancionado por el art. 178 de nuestro Código que dice: *si el crimen se comete muchas veces contra la misma cosa ó persona, las diferentes acciones, con que se haya continuado, no se considerarán sino como una sola; pero si el mismo culpable comete muchos crímenes al mis-*

*mo tiempo y por una misma acción se le aplicará la pena correspondiente al crimen mayor.*

Ahora respecto de la represión del concurso *real* hay dos doctrinas que de antiguo discuten cómo se ha de juzgar á individuos que han cometido diversos delitos independientes entre sí, sin haber sufrido condena por ninguno de ellos.

La primera sostiene que debe imponerse las penas correspondientes á todos los delitos cometidos sumándolas. El criminal ha cometido todos los hechos y no hay razón visible para que se disminuya su culpabilidad. Si hubiese sido penado en tiempo oportuno por cada delito hubiera seguramente sufrido las penas de todos ellos.

La segunda sostiene, que no debe imponerse sino la pena del delito mas grave considerando á los otros como circunstancias agravantes. «Esta regla se justifica dice Chaveau Adolphe, por altas consideraciones de justicia y humanidad. Cuando un individuo se hace culpable de muchos crímenes, antes de haber sido objeto de un proceso, la justicia debe imputarse la lentitud ó la impotencia de su acción. Si el culpable hubiese recibido la solemne advertencia de una primera condenación, quizás no hubiese cometido los crímenes á que después se vio arrastrado; la inacción de la justicia atenúa en cierto modo su falta. La defensa social además solo exige una pena; una pena basta para la expiación de los crímenes cometidos; las demás no serían sino un rigor inútil.

Si uno se fija en el fundamento de la represión penal, no hay duda que la primera doctrina es mas verdadera y mas jurídica. Pero si su conclusión es teóricamente aceptable, en la práctica muchas veces sería irrealizable ó solo demostraría de parte del juez y de la sociedad, un lujo de inhumanidad, completamente inútil. La naturaleza de ciertas penas, no permite la simple agregación de una á otras. Por eso se ha tratado de conciliar estos dos sistemas, buscando una regla de acumulación moderada, que satisfaga en lo posible las exigencias de la sociedad y la justicia.

Tratándose de delitos castigados por la ley con penas de la misma clase ó especie, no habría inconveniente en adicionar de un modo simple la pena de un delito á la de otro; por ejemplo si se tratara de diversos delitos pero castigados todos ellos con pena de prisión, no existiría dificultad en hacer la acumulación é imponer al criminal como consecuencia del juicio del concurso de acciones la suma de penas resultante de esas acciones, con tal que no pase del límite máximun fijado por la ley para la clase de pena que se imponga.

Pero, tratándose de delitos por los que el criminal merezca penas divisibles de diferentes clases, entonces se presentan dificultades, por que la simple agregación ó justa oposición es imposible. El Código Holandés, uno de los muy pocos que han resuelto satisfactoriamente esta dificultad, ha establecido que debe imponerse la pena por acumulación, reduciendo todas á la especie mas grave. Para hacer el cómputo hay en la ley disposiciones que dicen cuando y cómo una pena puede equivaler á otra; así por ejemplo expresa que tantos días de presidio equivale á otros tantos de penitenciaría y estos á otros tantos de prisión. Con esta tabla de reducción, cuya eficacia ya hemos señalado al hablar de la prisión preventiva, es fácil acumular las penas, reduciéndolas todas á la especie mas grave, pero bien entendido, que la pena resultante de la acumulación, nunca debe salvar el límite máximun marcado por la ley.

En caso de concurrir penas divisibles é indivisibles, como por ejemplo la de muerte con la pena de penitenciaría prisión ó otras divisibles no debe aplicarse sino la pena indivisible mas grave. Supongamos que concurren la pena de muerte con la de penitenciaría; en este caso la acumulación de las penas á nada conduciría y si se aplicase al delincuente primero la penitenciaría para después imponerle la pena capital, la sociedad desplegaría una crueldad inútil, que la razón ni la justicia justificarian.

Nuestro Código ha buscado la conciliación de las dos teorías expresadas, pero no puede decirse que la ha



conseguido porque las reglas establecidas en el art. 177, no son suficiente para el efecto. Dice este artículo: *Si se ha reiterado el mismo crimen contra muchas personas ó cosas ó el mismo malhechor comete crímenes de diferente especie, por medio de otras tantas acciones, la pena del uno se agregará á la del otro, pero si esta reunión fuese imposible por la naturaleza de las penas, ó por exceder todas, al máximo de duración de cada una, se agregará á la mayor de los delitos procesados, la menor de las mismas, con excepción de la pena de muerte que no admite agravación alguna.*

No ha conseguido nuestro Código resolver satisfactoriamente la acumulación de las penas porque sin la regla de computación ya expresada ella se hará á cada momento imposible.

Además no se explica razonablemente porque únicamente el delito menos grave ha de servir para subir la penalidad del mas grave y no los demás. Supóngase que un individuo ha cometido un homicidio y un hurto, y una serie de delitos intermedios, como violaciones, estafas, lesiones, calumnias etc. ¿Por qué solamente el hurto ha de servir para agravar la pena del homicidio y no los demás? ¿Acaso nada revelan esos delitos? Indudablemente, no deben desatenderse y no se explica el motivo que el Código ha tenido para resolver así este punto.

### III

Las que dejamos estudiadas son las causas de atenuación y agravación legal, cuyos efectos son establecidos por la misma ley.—Las que pasamos á estudiar son aquellas cuya aplicación y medida depende del prudente arbitrio del Juez.

En los casos en que la ley deja indeterminada la pena, pero establece un máximo y un mínimo dentro de cuyos límites ha de moverse el arbitrio judicial, el magistrado está en el deber y el derecho de proporcionar la pena al hecho cometido, teniendo en cuenta las circunstancias particulares ocurrientes propias para aumentar ó disminuir la criminalidad del hecho.

Las circunstancias que el Juez ha de tomar en consideración pueden nacer de la naturaleza de la acción en sí mismo ó de la mayor ó menor criminalidad de la intención; es decir del hecho del delito y de la persona del delincuente (art. 185).

Bajo el primer punto de vista, dice nuestro Código Penal, (art. 186) la criminalidad aumenta 1º p' la gravedad de la infracción ó y del perjuicio causado ó por causarse. Así por ejemplo en los delitos de robo el monto de lo robado y en las violaciones el hecho de ser la víctima una mujer casada.

2º Por razón de la extensión del daño ó del peligro y especialmente, según que ha sido mayor ó menor el número de las personas ofendidas y según que el crimen ha dañado ó expuesto al Estado mismo, á una cantidad indeterminada de personas ó solo á ciertas personas determinados. Así merece mayor pena, el que comete el delito, de noche, en despoblado, con auxilio de gente armada, en las iglesias, caminos, oficinas públicas, etc.

El número de personas que cometen un delito ó de las víctimas, que él hace es una agravante, en el primer caso por la facilidad que presta la concurrencia y en el temor que infunde; en el segundo por el mayor mal social que inflere.

Bajo el punto de vista de la intención la criminalidad aumenta (art. 187).

1º Cuando existen motivos mas numerosos é importantes de observar la ley ó los deberes violados por el culpable son mas numerosos é imperiosos y el culpable es mas capaz de comprender claramente esos motivos y esos deberes.

2º Cuando son mas grandes los obstáculos para la ejecución del crimen ó se necesita emplear mas audacia y coraje, mas inteligencia y malicia ó mas fuerza corporal para preparar la acción ó consumarla.

3º Cuando las acciones exteriores y accidentales, que hubiesen arrastrado extraviado y seducido al culpable son menores, ó este se hubiese determinado mas espontáneamente y hubiese buscado personalmente la ocasión.

4º Cuando el culpable esté mas des-

morealizado y empeñado en la carrera de los crímenes por la práctica constante de malas acciones, por hábitos desarreglados u otros motivos semejantes.

A estas circunstancias podrían agregarse: la de haberse prevalido el agente del carácter público que investía cometer el delito mediante precio recompensa ó promesa; cometer el delito en ocasión de un incendio, inundación, naufragio u otra calamidad semejante; aumentar la gravedad del delito causando males innecesarios para su ejecución; abusar de la superioridad fuerza ó sexo y otras análogas que el Código no comprende con claridad en sus disposiciones.

La criminalidad disminuye por el contrario (art. 188.)

1º Cuando por efecto de la falta de instrucción ó por una debilidad natural de la inteligencia, el culpable no ha comprendido toda la gravedad del peligro, ni la extensión de la prohibición ó de la pena infligida á su acción.

2º Cuando se ha determinado á cometer el crimen. por persuasión, promesas artificiosas, órden ó amenazas en los casos en que estas circunstancias no eximen de toda pena.

3º. Cuando ha sido impelido por una miseria apremiante ó cualquiera otra necesidad urgente, con la misma reserva del número anterior.

4º. Cuando exitados sus deseos por una ocasión imprevista é inopinada ha sido arrastrado instantáneamente á la ejecución del crimen.

Un ejemplo sería el del que se apropia de la cosa que encuentra sin haber preparado el delito.

5º. Cuando ha obrado arrebatado por una pasión ó en un momento de furor sin culpa.

Hay que tener presente que la pasión ha de ser una pasión social, como el amor, los celos y hasta la venganza, pero no pasiones ruines como la codicia y la lujuria.

6º. Cuando resulta de los antecedentes de su conducta durante ó después del hecho, que su perversidad y desmoralización son todavía poco avanzadas.

Debian agregarse á este número, como atenuante los antecedentes in-

tachables del culpable antes de la consumación del crimen. Una buena conducta siempre ha de merecer consideración de la ley y la justicia.

Habría también una prudencial disminución de la pena.

1º Si el culpable se ha limitado voluntariamente á causar un daño menor, que el que podía producir.

2º Si se ha esforzado real y espontáneamente, en impedir las consecuencias del crimen ó reparar sus efectos perjudiciales.

3º Si el mismo se entrega á la justicia.

4º. Si en las primeras diligencias confiesa sus crímenes de una manera sincera y circunstanciada.

5º. Si revela la existencia de nuevos culpables desconocidos á la justicia ó de motu proprio los medios y la ocasión de prenderlos. (art. 189).

Ninguna de las causas enunciadas, autoriza al Juez para separarse de la pena legal, cambiar su clase prolongar ó abreviar su duración mas allá de los límites fijados por las leyes. Pero si esas penas tienen un máximo y un mínimo, después de examinar las circunstancias expresadas, puede según ellas abreviarlas ó prolongarlas en un sentido ó en otro. —También puede en caso de circunstancias agravantes, aumentar la pena por medio de las adicionales permitidas y en casos de circunstancias atenuantes suprimir las accesorias que acompañan á la pena principal (art. 190).

Supongamos el caso de un robo acompañado de maltratos á la víctima, cuya pena es de seis á diez años de presidio mayor ó menor (art. 316.)

Si no hay circunstancias atenuantes ni agravantes el Juez debe aplicar la pena media esto es ocho años. Si hay circunstancias agravantes subirá desde ocho hasta diez y si hay atenuantes bajará desde ocho hasta seis, según su prudente arbitrio.

Cuando se trate de un delito que merezca pena de muerte si hay atenuantes, podrá conmutarse en presidio por tiempo indeterminado (art. 191).

Concluiremos esta materia haciendo notar un defecto capital de nuestro Código que tiene relación con es-



te punto é importa en él un verdadero anacronismo.

La antigua legislación dejaba en general la distribución de las penas al arbitrio de los jueces y según las circunstancias y exigencias de cada caso, aplicaban los castigos que juzgaban propios en relación con la gravedad de los hechos.

«Los abusos de semejante sistema que sustituye la voluntad del Juez á las reglas generales de la ley, reclamaron una reforma, pero por una especie de reacción en vez de fijar límites prudentes á este poder ejecutivo, se trazó en torno suyo un círculo de hierro—A las penas arbitrarias sucedieron las penas fijas. Los tribunales perdieron no solo la facultad de elegir los castigos sino también de modificarlos y graduarlos. Las penas no tuvieron máximum ni mínimum se aplicaron uniformes é inflexibles á todos los hechos comprendidos en la misma acriminación. Se suprimieron todos los grados que separan las acciones, todas las diferencias que las distinguen. Nada más fecundo en inconvenientes que este sistema. Los hechos criminales son susceptibles de modificaciones infinitas y esta igualdad de las penas producía las más odiosas desigualdades. Era preciso que el Juez aplicase á hechos que no tenían el mismo valor moral ni los mismos resultados materiales una pena inflexible por su uniformidad ó

que este rigor por su injusticia misma ocasionase la impunidad. La necesidad de una nueva reforma no tardó en dejarse sentir y se llenó esta necesidad, determinando un máximo y un mínimum dentro de los cuales fuese permitido á los jueces graduar los castigos (Chavean Adolphe).

Esta graduación debe hacerse según las circunstancias particulares de cada caso, que pudieran servir para atenuar ó agravar la responsabilidad criminal.

De donde se desprende que admitida la existencia de circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad es forzoso desterrar las penas fijas, porque ambas cosas se contraponen totalmente.

Ahora bien nuestro Código después de admitir y legislar de un modo bastante aceptable las circunstancias atenuantes y agravantes como hemos visto, castiga con penas fijas una gran cantidad de delitos; lo que hace completamente inaplicables en esos casos, todas las disposiciones del Tít. VI del Libro I referentes á la atenuación y agravación prudencial de la pena.

El establecimiento de penas fijas para una gran cantidad de delitos, coloca á nuestro Código actual, entre los más atrasados que se conocen. Esperamos fundadamente que este gran defecto sea remediado á la brevedad posible.





*la Pensa*

48  
(2)

# DERECHO PENAL

EXTRACTO DE LAS CONFERENCIAS

DADAS EN CLASE

POR EL CATEDRATICO DE LA ASIGNATURA

EN LA

**FACULTAD DE DERECHO**

DR. TEODOSIO GONZÁLEZ

SEGUNDA ENTREGA



ASUNCION

TALLERES NACIONALES DE H. KRAUS

1898.

12/20/15



## LECCIÓN XIV

I De la codelincuencia: generalidades—II Coparticipación por acto material—III Coparticipación por el acto moral—IV Complot y bandas.

### I

El delito puede ser cometido por una sola persona ó por varias.

En el primer caso hay unidad de *acción* y unidad de *agentes*; en el segundo hay unidad de acción y pluralidad de agentes. Esta concurrencia de dos ó más personas en la comisión de un delito se llama *codelincuencia*.

Fácilmente se concibe, que cuando muchas personas han participado de una infracción penal, la participación no ha de ser igual para todas. Una ha podido concebir el pensamiento y provocar su ejecución; la otra cumplirla; otra en fin arrebatarse á la acción de la justicia á los culpables y las huellas del crimen. Cada uno de estos actos de participación comporta grados diferentes de criminalidad y como es una ley de la responsabilidad humana, que cada reo no sea castigado sino en razón de la parte que ha tomado en el delito, así como es una ley de la justicia distributiva, que la pena sea medida entre los culpables según el grado de culpabilidad de cada uno, resulta de ahí, que la materia de la *codelincuencia*, sea una de las más importantes, espinosas y delicadas cuestiones de la Ciencia Penal, por la infinita variedad que puede asumir la responsabilidad humana, cuando son múltiples los responsables.

Los elementos legales de la codelincuencia son los mismos de la delincuencia simple; un *daño* considerado por la ley como delito y el dolo. El dolo lo constituyen el *conocimiento* de la criminalidad de la acción y la *intención* de cometerla. Estos dos últimos hechos que constituyen la parte moral de la codelincuencia, deben presentarse siempre unidos. Así, si hubiese habido conocimiento de la naturaleza de la acción pero no la intención de cometer el acto no habrá *dolo*, como por ejemplo un daño que se causa por mero accidente; como tampoco lo habría si voluntariamente se comete un delito, bajo la influencia de un estado patológico en que se desconoce el carácter de las acciones que se ejecutan.

La codelincuencia, se puede originar por el *concurso de acción y de voluntad* ó por el *concurso de voluntad sin concurso de acción*. «El concurso de acción sin concurso de voluntad por eficiente que sea, no engendra jamás participación en el delito si no hubo intención de coadyuvarlo». Un ejemplo clásico,



que trae Rivarola, es el de dos hombres que roban una viga cargándola cada una por una extremidad, en que uno de ellos concurrió con acción y voluntad y el otro con acción sin voluntad, como si era incapaz de discernimiento ó no se dió cuenta de la legitimidad de su acción porque entendió que el primero era el propietario de la viga, que solo había solicitado sus servicios para trasportarla.

La codelincuencia puede ser *principal ó accesoria*. Hay codelincuencia principal, cuando los concurrentes han prestado una ayuda directa una cooperación indispensable sin cuya concurrencia no se hubiera consumado la infracción. Hay codelincuencia accesoria cuando la cooperación de uno ó algunos á la infracción ha sido indirecta, accidental ó secundaria. La codelincuencia principal la llamaremos *coparticipación* y á la accesoria *complicidad*.

Tanto la *coparticipación* como la *complicidad* pueden ser por *acto material* ó por *acto moral*. Lo primero tiene lugar cuando hay concurso de acción y de voluntad y lo segundo cuando hay concurso de voluntad sin concurso de acción. En esta lección trataremos de la *coparticipación* dejando la *complicidad* para la siguiente:

## II

De los autores *materiales*, esto es, de los que concurren con acción y voluntad se ocupa nuestro Código en el art. 31.

Son considerados autores principales por este artículo:

1° *Los que ejecutan el crimen ó delito directamente por su propio hecho y ayudado de su fuerza corporal.*

2° .....

Este precepto es claro; se refiere evidentemente á los que toman parte activa en la consumación del crimen, á los que perpetran el hecho criminal como dice el Código Peruano.

Se prepara un asesinato dice Pacheco y concurren á él diferentes personas. Todas rodean á la víctima, todos le fascinan ó la sujetan; este le desarmó, aquel le hizo caer en tierra, un tercero le tapó la boca para que no diese gritos. No importa que uno solo le hubiese apuñaleado; todos ellos son coautores principales del asesinato.

Compréndese fácilmente que este precepto así como todos los que se refieren á la *coparticipación* se han de entender con subordinación á lo que ya hemos visto que dispone la Ley, respecto de la voluntad criminal y de las causas que eximen y modifican la responsabilidad humana en materia penal.

El artículo que nos ocupa no ofrece por su fondo ó doctrina dificultad alguna; pero su forma es digna de crítica.

Bastaría segun el Dr. Rivarola que dijese como el Código Español: el que toma parte directamente en la ejecución del delito. Segun este distinguido jurisconsulto los términos de nuestro artículo, (análogo al del Código Argentino), *ejecuta el delito* indica ya la realización del hecho, y tomando el verbo *ejecutar* en su acepción precisa la adición directamente es supérflua, por no ser propiamente posible una *ejecución indirecta*. Se puede *participar indirectamente*, pero no *ejecutar indirectamente*. Pero por si el vocablo *directamente* no bastara, el inciso agrega *por su propia acción*. No haya pues cuidado de que se ejecute el delito *directamente* por la acción de otro ó *indirectamente* por propia acción. Para colmo de redundancia, se le ha añadido todavía *ayudado por la*

fuertza corporal, como si alguien tuviese la posibilidad de ejecutar un delito directamente, por propia acción *ayudado de la fuerza corporal de otra*.

2º *Los que antes ó durante la ejecución prestan al ejecutor con el intento de asegurar la consumación del crimen ó delito un auxilio ó cooperación sin el cual el hecho no hubiera podido tener lugar.*

Este inciso se refiere á los que sin ser ejecutores del delito contribuyen á su consumación de una manera principal, tomando á su cargo la realización de ciertos hechos sin cuya concurrencia el delito no podría tener lugar. Es lo que se llama jurídicamente la ayuda eficaz ó indispensable.

«No concurrencia en el crimen mismo dice Pacheco, sino en un acto necesario para él. El criado que abre la puerta para que penetren los ladrones que de otro modo no hubieran podido entrar; el que descubre el lugar donde estaba el tesoro, lugar que sólo él conocía; el que por medio del éter ó el cloroformo adormece á la jóven á quien otro viola».

La justicia de la disposición que estudiamos es también evidente, pero su redacción no es correcta y ha sido criticada.

Bastaría que este artículo dijese: *el que presta al ejecutor un auxilio ó cooperación, sin las cuales el hecho no hubiera podido tener lugar*. Se comprende que el auxilio ó cooperación ha de prestarse *antes ó durante* la ejecución del delito, desde el momento que se trata de una cooperación indispensable para que el delito se lleve á cabo. También podría eliminarse las palabras con el intento de asegurar la consumación del delito, por que ya hemos visto que según el artículo 13, toda participación en un hecho punible, se presume ejecutada con voluntad criminal. Estos son los autores materiales los que han creado el delito materialmente. Veamos ahora los autores morales.

### III

Los autores morales son los que sin haber tomado parte en la ejecución del crimen ó delito han sido causas de él, por haberlo provocado. La ley los coloca sobre el mismo pie que los ejecutores y hay algunos escritores que son de opinión que aquellos deben ser castigados con más energía que estos porque son más bajos y más cobardes.

La *resolución* y el *hecho material* son los dos elementos constitutivos de todo delito dice Rossi, y toda persona que dé origen á cualquiera de ellos, contribuye de un modo principal y directo á la existencia del delito, es la *causa* de él. De modo que los autores morales, la *causa de la resolución* criminal, los causantes de que otros ejecuten el delito, no pueden menos que ser considerados *coautores*.

Son coautores morales según nuestro Código: los que con intención criminal determinan á otros á cometer y consumar el crimen ó lo confirman en la resolución ya tomada, por medio de consejos formales, comisión, promesa de una recompensa, dádivas, violencia, amenaza ú orden ya sea induciéndole intencionalmente en error ó aprovechándose del error en que se hallaba (art. 31 inc. 3º y art. 32).

Todas estas formas pueden ser comprendidas en una sola palabra: *la instigación*. La ley dice el doctor Rivarola hubiese hecho perfectamente en englobar todas las formas enunciadas en la palabra *instigación*, dejando las distinciones establecidas por ella á cargo de la doctrina y de la jurisprudencia. La ley siempre que sea posible debe buscar el género y no la especie, y usar

de palabras comprensivas, porque así se evitan engorrosos problemas de diferenciación inevitables en los sistemas que enumeran y clasifican.

Examinaremos una por una las diversas formas de instigación ó coparticipación moral que establece nuestro Código.

*Consejos formales* — «El consejo por lo general no basta para determinar una acción criminal. Es solo excepcionalmente y con la circunstancia de tiempo ocasión y persona que alguien puede dejarse impeler por el mero consejo.

«Los simples consejos dice Haus, no son actos de provocación bastante poderosos para determinar de aquel á quien se dan. Estos actos no dejan frecuentemente sino huellas fugitivas y sería fácil confundirlas con las palabras irreflexivas. Pero algunas veces los consejos sacan de las circunstancias que los acompañan, un carácter de gravedad que no permite al legislador dejarlos impunes». Es á estos consejos que se refiere la ley; estos son los consejos *formales ó calificados* como se llamaban antiguamente y que pueden determinar á una persona á cometer una acción delictuosa.

La eficacia del consejo para decidir á otro á ejecutar un crimen ha de ser apreciada en cada caso por el arbitrio del Juez. La responsabilidad del aconsejante está en razón directa del poder del consejo como fuerza determinadora de la voluntad del aconsejado. Así si un individuo sin ningún ascendiente aconseja una idea á otro superior, es claro que sus consejos tendrán poca influencia sobre el otro. Pero si se trata de un aconsejante que ocupa la posición contraria, puede suceder que influya decisivamente sobre el ánimo del aconsejado.

Por nuestro Código es necesario que el consejo *determine* al ejecutante para ser punible como acto de coparticipación principal.

*Comisión ó mandato* — Por el mandato ó comisión se establece un contrato perfecto entre el mandante y el mandatario. Ambos contratantes, como que se encuentran en la condición de causa á efecto son igualmente responsables como autores principales. Sobre este punto no cabe discusión alguna.

Pero pueden sobrevenir las cuestiones, cuando de una ú otra parte contratante, no se ha cumplido fielmente el pacto.

Supongamos que aceptado el mandato por el mandatario, este lo renuncia antes de ejecutar el hecho, que se tuvo en vista ¿cual es la responsabilidad del mandante en este caso?

Nuestro Código no lo dice pero yendo á la doctrina encontramos que Rossi y otros escritores clásicos sostienen que en este caso el mandante no tiene ninguna responsabilidad, porque como dice aquél, sería tan inícuo como ridículo declarar á un hombre culpable, de un crimen que no ha tenido existencia. Sin embargo el mismo autor sostiene que el mandante debe ser castigado algunas veces según los casos aún cuando no haya habido principio de ejecución del delito, porque considera el mandato criminal en sí mismo como un delito sui géneris.

Gasófalo encarándose con esta solución de Rossi, sostiene que la cuestión no debe resolverse desde ese punto de vista, sino por los principios que rigen la tentativa por medios insuficientes. El mandatario que falla y retrocede representa el medio insuficiente; agregando que lo que se ha de averiguar entonces es, si el mandante tuvo buenas razones para creer que el mandatario fuese un instrumento apto para la consumación del delito. De ahí pues, si resulta que el mandante se ha fijado en una persona capaz de cometer el delito y él de su parte puso todo lo que pudo, para que el atentado se realizase, aun-

que el mandatario no lo hubiese ejecutado debe castigarse al mandante como autor de tentativa próxima. No porque al mandatario se le haya ocurrido renunciar el mandato, puede verse en el comitente un individuo distinto del que se hubiese visto, en caso de haberse ejecutado el delito. Su mandato fracasado por una causa ajena á su voluntad le ha revelado un individuo de intenciones criminales, peligroso para la sociedad y muy digno de represión.

Otro problema puede suscitarse sobre el punto que nos ocupa: cuando el mandante ha revocado el mandato antes de la ejecución del crimen. Si el mandatario no ha efectuado sino los actos preparatorios, podría resolverse en tesis general, que, quien se encuentra en estas vacilaciones, debe ser exento de responsabilidad, porque su voluntad no tiene todavía una dirección fija, solución que por otra parte estaría de acuerdo, con la regla establecida por nuestro Código, de que la ley presume voluntario al desistimiento.

Chaveau Adolphe y Faustin Helie dicen que cuando media revocación del mandato es preciso distinguir dos casos: 1º Si el mandato se ha empezado á ejecutar. 2º Si el mandato no ha tenido principio de ejecución. En el último caso sostiene que no hay responsabilidad alguna. En el primero es necesario considerar también dos casos: es posible que se haya comenzado á ejecutar el mandato antes de haber conocido el mandatario su revocación y entonces queda afectada la responsabilidad del mandante porque no fué bastante solícito para hacer conocer su revocación, pero si el mandatario empieza á realizar el acto, después del conocimiento de la revocación de su mandato, es natural que la responsabilidad recaerá únicamente sobre él.

*Promesa de recompensa, dádivas*—Las promesas de recompensa y las dádivas no vienen sino á caracterizar el mandato ó comisión. La primera existe cuando el instigador del delito promete una retribución ó ventaja para después de cometido el delito y la segunda cuando se entrega inmediatamente la retribución prometida por la consumación del delito.

Los antiguos consideraban de una gravedad escepcional la codeincuencia en que hubiese mediado precio ó remuneración. Para nuestro Código con recompensa ó sin ella la responsabilidad del mandante es la misma.

*Violencia y amenazas*—Estos hechos no son tampoco en rigor, sino el mandato calificado por la coacción.

Se concibe fácilmente que la violencia material como medio de obligar á un individuo á que realice un acto se emplee casi nunca. Generalmente se hace uso de la violencia moral ó intimidación por medio de la amenaza de un mal grave por cuyo temor, puede decidirse una persona á delinquir. Pero para que esa violencia moral coloque al que lo ejerce en la calidad de un autor principal ó copartícipe es menester que sea de tal naturaleza que decida imperiosamente que *determine* el autor material á realizar el crimen.

Faltando estas condiciones empezaría la responsabilidad del mandatario á la vez que disminuiría la del mandante.

*Orden*—La orden no es también según Carrara, sino un *mandato* calificado por abuso de autoridad.

Se diferencia del mandato en que supone superioridad de una parte sobre la otra, en tanto que en el mandato intervienen dos agentes completamente libres é iguales que espontáneamente estipulan un convenio. La orden supone, pues, una persona que tiene poder sobre otra como un padre, un tutor, un maestro, un patrón, etc., que manda á quien está bajo su autoridad á que cometa un

delito y este obedece impelido por la influencia que sobre él ejerce el ordenador.

Según nuestro Código la responsabilidad del ordenador es la del autor principal. Pero este autor principal, puede ser más ó menos responsable, según la mayor ó menor autoridad de la orden; así á medida que es mayor la eficacia de la orden es tambien mayor la responsabilidad del que ordena y á la inversa al par que disminuye el poder de la orden disminuye la del ordenador y aumenta la del ordenado. Todas estas cuestiones son de hecho y se resuelven según cada caso especial según el prudente arbitrio del Juez.

*Induciéndolo intencionalmente en error ó aprovechándose del error en que se hallaba.* Estas palabras del art. 32 se refieren dice el Comentario Oficial á la que suele llamarse en lenguaje más usual *maquinaciones* ó artificios culpables.

Esta forma de la instigación, consiste en las asechanzas, ardidés y engaños dolosos empleados para hacer incurrir á una persona en un hecho criminal. La provocación nace del engaño en que se tiene al autor, sobre el carácter moral ó legal de su acción, persuadiéndole de que la exige el honor, la moral, la religión, el patriotismo etc ó manteniéndole en el error en que se encontraba para aprovecharse de sus resultados. Es lo que los romanos llamaban *dolus malus*.

Difiere del consejo en que el instigador, no indica francamente que es conveniente realizar el hecho, manifestando que es ese su parecer ó que él obraría así en tal caso. Se limita á preparar fraudulentamente las cosas, de manera que la voluntad del agente aparezca naciendo de un movimiento espontáneo y propio. Así el que persuade á un marido celoso de que su mujer le es infiel y emplea las mismas maquinaciones para convencerle de que en los casos de adulterio el honor del marido ofendido exige la muerte de los culpables, no hay crimen concreto aconsejado directamente mas no por eso dejaría de ser provocador por las maquinaciones enunciadas.

Un caso típico de artificios dolosos es el de Yago determinando el crimen de Oteló.

Mas que en las otras formas de determinación es necesario tener en esta la prueba de la intención criminal del instigador, no sea que por manifestaciones en términos generales ó provocaciones vagas se pretenda acusar al supuesto excitador.

Para nuestro Código todos los instigadores por cualquier modo que obren tienen la misma responsabilidad. Esta decisión parece á primera vista rigurosa dice el comentario oficial, porque á los ojos de la moral hay una notable diferencia entre el que compra á precio de oro el brazo de un asesino, y el que solo sugiere la idea del crimen por medio de un consejo aunque esta determine al culpable. Pero esta aparente injusticia ha de ser moderada por el arbitrio judicial que por nuestro Código se otorga á los jueces para proporcionar las penas.

Nuestro Código no menciona como lo hace Carrara, entre los modos de instigación la *sociedad para delinquir*.

Esto no se justifica, porque donde entra el mandato, dice el doctor Rivarola, como causa generadora de la responsabilidad, cabe igualmente ó con mayor motivo la *sociedad*.

Mas todavía apelando el testimonio de los hechos, la promesa de un auxilio recíproco puede influir mucho más decisivamente sobre el ánimo de las personas que han de tomar parte en el delito, que cualquiera otra forma de las



nombradas. Para desterrar la indecisión ó el temor nada es tan eficaz como la sociedad. Una ó dos personas que por ningún dinero ú otro medio de excitación tomarían á su cargo cierta empresa criminal, se decidirán fácilmente si cuenta con la cooperación moral y material de varios asociados. Los crímenes más graves y de más vasta trascendencia siempre se han cometido por asociaciones de delinquentes.

A pesar del silencio de nuestro Código á este respecto, no puede afirmarse que le sea desconocido el poder moral de la *sociedad*, como medio de instigación del delito. El art. 44 castiga como cómplices á los miembros de un complot, que evidentemente no han tomado participación en el delito y que hasta han notificado á sus compañeros antes del hecho su desistimiento. El motivo de este castigo no puede ser otro, que el de haber contribuido á la formación de la sociedad, puesto que posteriormente no tuvieron ninguna participación en él. Considera la ley con razón, que quizás su adhesión al complot ha sido la causa ocasional de la sociedad entera y lo castiga por haber contribuido á la resolución criminal, que como ya hemos visto es un elemento del delito. Es pues notorio que con este artículo no se castiga otra cosa que la influencia moral de la *sociedad* como medio de provocación.

Tratando de establecer la extensión de la responsabilidad de los autores morales dice nuestro Código en el art. 34: *El autor principal por orden, comisión etc., no responderá solamente del hecho especial que hubiere tenido en vista cometer sino también.*

1.º *De todo crimen ó delito no reservado expresamente y que el autor material del hecho se viese forzado á cometer para ejecutar el crimen ó delito que se hubiese encargado.*

2.º *De todo crimen ó delito, que resulte como consecuencia del hecho ordenado y que se imputaría al mandante si el mismo hubiera ejecutado el crimen ó delito.*

Cuando el mandato es indeterminado dice Haus, es preciso examinar si según las circunstancias, el mandatario ha podido razonablemente creer que obró según la intención del mandante. Si esta era dudosa el provocador que ha debido explicarse es responsable de la acción. Sin duda cuando se ha ordenado la esposición de un niño ó robar cosas guardadas en una casa cerrada, el mandante debe sufrir la pena del mandatario que ha espuesto el niño en un paraje solitario, ó que ha cometido el robo con efracción, escalamiento ó llaves falsas, por la noche, ó con amenazas y violencias hacia las personas. Pero si para facilitar la ejecución del crimen ó asegurar su impunidad, el mandatario hubiera unido un homicidio el robo; si el individuo encargado de sustraer los objetos expuestos en un lugar abierto al público, hubiera ejecutado la sustracción con circunstancias agravantes, sería injusto hacer responsable al mandante, de los medios empleados por el mandatario contrariamente á las intenciones bien evidentes del primero.

El doctor Piñero es de opinión que el inciso 1º del artículo que vamos analizando podría no figurar en el Código sin que pudiera notarse su falta. Un individuo que persigue un fin dice: se comprende que lógicamente no puede menos que querer los medios necesarios para cumplirlos, y si no los quiere debe reservarlos expresamente porque es la excepción á un principio general. Somos de opinión contraria; creemos que este artículo es muy importante para disipar toda duda sobre la responsabilidad del mandante á este

respecto, aunque efectivamente sea un precepto de muy elemental sentido común.

El inciso 2º es también de una justicia evidente. «Si el autor material hierre porque el autor intelectual le prescribió que hiriera, y la herida tuvo por consecuencia la muerte, ninguna razón justificaría que no hiciera extensiva esa responsabilidad al autor moral».

*Pero si sucede, dice el art. 35, que en vez de crimen ó delito ordenado, el autor material, hubiera ejecutado otro, que ninguna relación tuviese como medio ni como resultado, con el crimen ó delito ordenado, el mandante ó cualquier autor mediate, será castigado según las disposiciones de la ley contra la tentativa próxima del crimen ó delito ordenado.*

Este artículo se refiere al caso en que el ejecutor ha cometido un crimen extraño al pensamiento del mandante, que éste no se había imaginado, ni es la consecuencia natural ó forzosa del hecho que había instigado; como por ejemplo, si el encargado de secuestrar á una mujer le quitase la vida ó la saqueare. Bajo ningún concepto racional podría sostenerse que el comitente fuera aquí responsable del asesinato ó robo. Su responsabilidad no puede ir más allá de su intención criminal; esta es la medida de aquella. Lo justo es que se le castigue como autor de tentativa del crimen que él pensó y para cuya perpetración puso todo el contingente que había prometido ó estaba en sus manos.

En mérito de análogos razonamientos, si el crimen ó delito cometido por el autor material, como medio de ejecución del hecho principal que se le hubiese confiado, se reservó espresamente por el autor moral no se imputará á éste sino la acción principal ejecutada, y si no se ejecuta se reputará solamente culpable de tentativa próxima del crimen ordenado ó encargado. (art. 36)

De acuerdo con los principios generales sobre la responsabilidad aceptados por nuestro Código, si el autor moral prescribe al autor material el modo de ejecución del crimen ó delito y éste excediéndose de los límites prescritos, lo consuma con circunstancias agravantes, el instigador no será responsable más que del crimen ó delito tal como él quiso, pero no de las circunstancias agravantes cometidas por el ejecutor, que no entraron en la mente del autor moral—(art. 37.)

Dice el art. 38 de nuestro Código Penal:

*«Cuando la mayoría ó totalidad de los miembros de una corporación comete un crimen ó delito, no se considerarán culpables sino los individuos y con arreglo á este principio, los bienes de la corporación, no podrán sufrir pena alguna pecuniaria, sino los bienes particulares de los miembros reconocidos como delincuentes.*

Del comentario oficial de este artículo, tomado del 49 del Código de Baviera se desprende que se refiere á las corporaciones reconocidas por la Ley en carácter de personas jurídicas, y especialmente las municipalidades.

Este precepto no es sino una aplicación del principio universalmente conocido y aceptado: *irresponsabilidad pena de las asociaciones reconocidas como personas jurídicas; responsabilidad individual de sus miembros componentes*, principio que reconoce como fundamento, el que no teniendo las personas jurídicas una existencia real y material, sino ficticia é ideal, no puede resentirle ninguna pena. La existencia de esta clase de asociaciones es puramente civil y al solo objeto de adquisición de derechos civiles.

Nuestro Código se ocupa en los artículos que restan de este capítulo del



*complot* y de las *bandas*, que no son otra cosa que las sociedades criminales ó para delinquir. Examinaremos separadamente las disposiciones referentes á una y otra clase de asociación.

Si dos ó más individuos resuelven un crimen ó delito con un interés común y se obligan bajo la promesa de auxilio recíproco á ejecutar conjuntamente dicho crimen ó delito esta asociación constituye el *complot*, y cada uno de los partícipes, que antes durante ó después de la ejecución haya cooperado de cualquier modo á esta ejecución ó se haya mostrado en aptitud de cooperar ó haya mantenido á sus compañeros en la convicción de que podían contar con su auxilio, será considerado después de la consumación *autor principal* del crimen ó delito (art. 39).

Los partícipes comunes del *complot* serán castigados con la pena ordinaria del crimen cometido. Sin embargo si esta pena tuviese un máximun y un mínimun, se graduará en la extensión de sus límites leales y se infligirá á los diferentes partícipes, según la más ó menos gravedad de la cooperación real; con excepción de los gefes, que serán castigados con el máximun de las penas. Se consideran *gefes* por la ley los que primero hayan imaginado y formado la asociación criminal; y en segundo lugar los que hayan proporcionado el plan de ejecución del crimen ó cooperen á un preso en el momento de su ejecución (arts. 40 y 41).

En caso de crimen no consumado la organización del *complot* se castigará como tentativa, considerándola próxima ó remota, según que la ejecución misma haya sido próxima ó remota con excepción de los casos en que la ley expresamente impone la pena de la consumación (art. 43.)

Los casos á que se refiere este último precepto están puestos en una nota al pie del artículo 43. Ellos son los casos en que el *complot* se organiza para cometer una traición al Estado ú otros delitos políticos igualmente graves. La ley castiga en estos casos la simple resolución de obrar, porque esta sola independiente de la ejecución material presenta peligros tan graves para la sociedad que no es posible permitir que se convierta antes en un hecho para castigarlo, porque una vez cometido quizás la sociedad no tenga fuerzas para remediar sus efectos y castigar á los culpables.

Por lo que se vé, el *complot* es la *societas scelerum*, el contrato recíproco que une á todos los miembros de la asociación criminal. Por razón de este contrato, se considera que todos los miembros y cada uno de ellos ha aceptado de antemano todo lo que se perpetre quedando así responsable como autor principal.

Se comprende que todas estas disposiciones de nuestro Código sobre el *complot* se han de entender con sujeción á las circunstancias atenuantes y agravantes que hemos visto en la lección anterior. Así por ejemplo si el gefe del *complot* ó alguno de sus miembros es menor de edad ó hijo de la víctima la pena que le corresponda ha de sufrir los efectos de la atenuación y agravación legales que se origine de esas circunstancias.

No acierto á comprender cual sería el fundamento en que se ha basado nuestro codificador, para establecer las disposiciones especiales sobre el *complot* que vamos estudiando, cuando si uno se fija en ellas un momento, más y más se convence de que todos esos casos están ya resueltos por las reglas generales de la coparticipación.

La existencia de estas prescripciones especiales hace creer que el *complot* es un género distinto de coparticipación al cual no se podría aplicar las re-

gias contenidas en los artículos 34, 35, 36, 37, y 38. No es casi sin embargo y en el complot hay exactamente el mismo concurso de voluntad, la misma causa determinante con los mismos resultados posibles que en las demás formas de coparticipación moral establecidas en el art. 32.

Ahora sí hubo más que el concurso de voluntad, es decir, si el asociado participó en la ejecución material del hecho, la responsabilidad de éste está ya también perfectamente previsto y resuelto en los dos primeros incisos del art. 31.

De modo que el Código con su sistema nada nuevo agregó á lo que ya está establecido anteriormente y dió lugar por el contrario á deficiencias notorias como vamos á demostrar en seguida.

En efecto supongamos que varios individuos hubiesen formado un complot para robar una casa que ellos creían deshabitada; uno de los asociados el menos audaz se habia quedado afuera en observación; los que entraron halláronse con que en la casa habia un individuo encargado de cuidarla, al que tuvieron que dar muerte, para realizar su intento. El de afuera, no habia previsto el homicidio ¿podría imputársele este delito? Sí según los arts. 39 y 40. Nó según el art. 13 que como hemos visto es la que domina todo el vasto campo de la responsabilidad penal, y según todos los principios de equidad y de justicia. ¿De donde proviene esta contradicción? Simplemente de que las disposiciones sobre el complot no han previsto el caso.

Entre tanto si nuestro Código hubiera aceptado la buena doctrina, de considerar la *sociedad* para delinquir una causa de instigación semejante á las contenidas en el art. 32, el punto estaria resuelto claramente por el art. 34 inc. 1º y se habria al mismo tiempo evitado disposiciones legales inútiles y confusas, ventaja que no es despreciable en todo código bien ordenado.

Dice el art. 44.

*El partícipe de un complot que no haya cooperado á la ejecución, quedará exento de pena si denuncia el complot á la autoridad, antes de la ejecución del crimen; pero, si sin denunciar éste, manifiesta á los demás partícipes ó á al jefe del complot, por palabras ó hechos, de no seguir en la asociación y no obstante el crimen se consumase por los demás será castigado como cómplice según los casos.*

Sobre la primera parte de este artículo dice el comentario oficial del art. 53 del Cód. de Baviera de donde fué tomada: «la impunidad prometida al revelador, tiene por objeto hacer más fácil el descubrimiento de las asociaciones criminales.

Pero esta disposición no ha sido aceptada unánimemente. Beccaria no veía más que oprobio para la sociedad en que las santas leyes, garantía sagrada de la confianza pública protegiesen la perfidia. El doctor Rivarola no acepta tampoco que un código deba exigir como precio de la exculpación al afiliado de un complot, la delación que siempre es repugnante. Para este jurisconsulto, á más de la vileza de la acción, se opone á esa medida la falta de lógica en exonerar de pena, al que desiste voluntariamente del delito, cuya ejecución ha iniciado y en castigar sino delata al que después de haberse complotado desiste y no inicia su participación en el delito; pero para nuestro Código tuvo más razon Diderot cuando dijo que esos inconvenientes no podían igualar á la ventaja de sembrar la desconfianza entre los criminales.

Sobre la segunda parte de esta disposición, hemos visto ya mas adelante su fundamento. Agregáremosle ahora la observación de que ella está en contra-

dicción con los arts. 16 y 17 del mismo Código que establecen como ya hemos visto que no está sujeto á pena el que desiste de su empresa criminal, presumiendo la ley voluntario el desistimiento.

*Son bandas* dice el art. 45, *los complots formados para ejecutar muchos crímenes ó delitos determinados en cuanto á su género ó especie pero indeterminados en sí mismo.*

La diferencia entre el complot y la banda la explica el mismo comentario especial de este precepto: «El complot dice supone individualizado el crimen que forma el objeto de la asociación criminal; por ejemplo un asesinato sobre tal persona determinada; otro atentado sobre tal ó cual cosa. Por el contrario la asociación llamada *banda*, tiene por objeto cometer incendios, robos, etc., sin especificar cual será el edificio incendiado y la casa robada».

*Cada uno de los partícipes de esta clase de asociaciones, dice el art. 46 de nuestro Código Penal, no será responsable de todos los crímenes ó delitos cometidos por ellas, sino que será solo considerado autor principal de la que se concierten con el mismo ó á los cuales haya cooperado de cualquier modo antes, durante ó después de la ejecución ó á cuya consumación haya manifestado la intención de cooperar con su presencia en el momento de la ejecución.*

El motivo de estas disposiciones de que siendo las bandas asociaciones destinadas á cometer no un delito sino muchos, pueden obrar por fracciones simultáneamente y á grandes distancias. Así mientras una partida esté desbalijando una diligencia otra puede estar cometiendo un hurto simple. La ley no establece solidaridad por estos delitos para todos los miembros de estas dos partidas, sino que quiere que cada una de ellas responda de los delitos que concierten y ejecuten separadamente.

Siendo el art. 45 aplicables á las *bandas* las disposiciones legales referentes al *complot* tenemos, que serán considerados *gefes* de las bandas y castigados con el máximun de la pena que merece el delito cometido, los que primero hayan imaginado y formado las bandas y en segundo lugar los que hayan proporcionado el plan de ejecución del crimen ó cooperen á la empresa en el momento de la ejecución (arts. 40 y 41).

De paso notaremos en esta oportunidad un defecto de redacción ó una inadvertencia de nuestro Código sobre el concepto de los *gefes* del complot y bandas.

Por el art. 41 en su última frase vemos que se consideran *gefes* á todos los que *cooperen á la empresa en el momento* de su ejecución. Como allí no se distingue qué clase de cooperación es la que debe prestarse por los asociados en el momento de la ejecución del crimen, y como donde la ley no distingue nadie debe distinguir, resulta que serán considerados *gefes* todos los que *moral ó materialmente* cooperen á la empresa en el momento de ejecución. En rigor resultaría pues que todos los miembros de un complot son *gefes*, puesto que no hay la posibilidad de que un partícipe sea considerado tal sino coopera á lo menos *moralmente* en el momento de la ejecución del hecho.

Estendiendo la disposición sobre el complot á las bandas tendríamos también: que en caso de crimen no consumado la organización de la banda se castigará como tentativa considerándola próxima ó remota según que la ejecución misma haya sido próxima ó remota.

Aún cuando el concepto de la banda es más restringido según nuestro Código que el Código Argentino y otros muchos, nos parece este artículo in-



aplicable. Supóngase una banda organizada para cometer delitos contra la propiedad, delitos que no llegan á consumarse ¿con qué pena se ha de castigar á los miembros de la banda? Será con la correspondiente á la tentativa de hurto, de robo, de estafa ó defraudación? No siendo *determinado* el delito es imposible, la fijación que la pena ocupa.

Los miembros de una banda dice el art. 47 *que evidentemente no hayan tenido parte en ningún crimen particular serán considerados y castigados como cómplices.*

Este precepto es otra confirmación más, de que no es extraño á nuestro Código el que la *sociedad para delinquir* independientemente de toda otra consideración es una forma de instigación, que hace responsable al partícipe del concierto criminal, aunque posteriormente no haya ejecutado ningún acto de cooperación material, porque contribuyó á formar la resolución criminal.

El artículo que nos ocupa está en contradicción con el otro que establece que los miembros de las bandas no son responsables de los delitos en que toma parte moral ó material y no de todos los delitos que ellos cometen. Aquí por el contrario lo hace responsable como cómplice de todos los delitos en que no ha tomado parte.

Aplaudimos sin reserva la idea de que todos los miembros de una banda aunque después no cometan ningún delito, sean castigados de alguna manera por la ley. El solo hecho de entrar á formar parte de tan repugnantes asociaciones revela una alta inmoralidad en el que lo realiza y un positivo peligro para la sociedad. Algunos códigos como por ejemplo el Uruguayo coloca entre los *delitos contra la seguridad pública*, toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social contra la moralidad, contra las personas y las propiedades por el solo hecho de su organización. No de otro modo quisiéramos ver figurar en nuestro Código el complot y las bandas.

Dice el art. 42: *Los que sin tomar parte en el complot principal, ni en sus deliberaciones hubiesen sin embargo prometido ó dado ayuda para la ejecución del proyecto criminal, solo serán castigados como cómplices.*

Este artículo es aplicable á las bandas (art. 45).

La disposición que nos ocupa es enteramente supérflua, porque el Código ya dice en otra parte más oportunamente que todos los que á sabiendas y voluntariamente contribuyen por actos anteriores ó con concitantes á la ejecución de un crimen resuelto por otros, son *cómplices* (art. 48).

Resumiendo nuestras observaciones sobre este capítulo tenemos que este de nuestro Código quede reformado con muchas ventajas de la manera siguiente:

1º. Se agrega á los modos de instigación enumeradas en el art. 31 la *sociedad para delinquir*.

2º. En consecuencia eliminarse por innecesarias todas las disposiciones relativas al complot y bandas, desde que estas no constituyen un modo especial de codelincuencia sino que son las sociedades para delinquir.

3º. Y por último colocar en la parte especial entre los delitos contra la seguridad pública, toda asociación formada para cometer crímenes, por el solo hecho de su organización.

¿Puede haber codelincuencia por culpa ó imprudencia?

Para algunos escritores en la codelincuencia no cabe la culpa. En efecto siendo la coparticipación el resultado de un concierto criminal, un contrato libremente celebrado, la resolución criminal, de los copartícipes, es siempre

anterior al hecho lo que excluye la posibilidad de la culpa simple ó imprudencia.

Nuestro Código resuelve expresamente el caso en contra de esta opinión.

Dice el art. 33: *el que por sus discursos ó acciones, hubiese determinado involuntariamente á otro á tomar una resolución criminal será castigado con arreglo á las disposiciones sobre la culpa.*

Supóngase que un sirviente faltando á la lealtad y á la discreción comunicase á personas la existencia en tal ó cual parte de la casa de un tesoro cuyo secreto él solo conocía, ó el cajero de un banco explicando entre personas de cuya honorabilidad no se puede fiar, el secreto de las cajas de fierro del establecimiento. En estos casos si bien esas instrucciones no se dieron con intención criminal, hay sobrada imprudencia, cuyo efecto inmediato fué la resolución criminal de los que oyeron, de aprovecharse de los datos. Hubo pues la culpa y el daño y la solución del Código es perfectamente correcta á pesar de la opinión contraria de Haus y otros célebres criminalistas.

---

## LECCION XV

I De la complicidad: generalidades—Complicidad de primer grado; su represión—Complicidad de segundo grado; su represión—Complicidad de tercer grado; su represión—Complicidad por culpa—II Del encubrimiento—Generalidades—Grados del encubrimiento; sus penas—Casos en que el encubridor está exento de pena.

### I

La codeinlucencia accesorial, llamada *complicidad* como hemos visto, la define nuestro Código del modo siguiente: *el que por palabras, acciones, comisión ú omisión contraria á sus deberes contribuye á sabiendas y voluntariamente á la ejecución de un crimen ya resuelto por otros, será considerado cómplice, á menos que la ayuda prestada al crimen, hubiese sido tan esencialmente necesaria, que sin esta cooperación no habría posibilidad de consumir dicho crimen.*

Tienen de común la coparticipación y la complicidad que en ambas la cooperación se ha de prestar anterior ó simultáneamente á la consumación del delito. Se diferencian en que el cómplice contribuye á un delito *ya resuelto por otro*, es decir, que él no tuvo participación en el nacimiento de la resolución criminal; y en que su participación no es indispensable ó esencial. Así por ejemplo el sirviente que abre la puerta á los ladrones que de otro modo no hubieran podido penetrar en la casa ó el que revela el lugar donde está escondido el tesoro que solo él sabía, á pesar de que no hubiese concertado anteriormente este hecho con los demás coautores, no sería cómplice sino autor principal, porque sin la ayuda por él prestada, no se hubiera verificado el crimen.

La codeinlucencia accesorial ó complicidad, pueda ser como ya hemos dicho, por acto *material* y por acto *moral* como la copartícipe.

Así son *cómplices por acto material* los que ayudan directamente la ejecución del crimen, los que suministran las armas, herramientas ó el veneno, están en observación ó reconocimiento y son *cómplices por acto moral*, los que estimulan ó fortifican en otro la resolución ya tomada, dan instrucciones sobre el medio de perpetrar el delito, prometen su concurso ú omiten sus deberes maliciosamente en favor del delincuente.

Tres sistemas distintos se conocen en los códigos sobre legislación de la complicidad: 1º enumerar taxativamente los medios de cooperación que la constituyen—2º fijar principios generales y dejar á los tribunales, que con arreglo á ellos resuelvan los casos particulares—3º libertad completa de apreciación judicial.

El primer sistema es seguido por el Código francés, el belga, el argentino etc.; el 2º por el Código español que sobre este punto se reduce á decir en

el art. 15: «Son cómplices los que no hallándose comprendidos en el art. 13 (se refiere á los autores principales), cooperan á la ejecución del hecho por actos anteriores ó simultáneos» y el 3er. sistema por el Código Brasileiro que solo dice (art. 35): «la complicidad será castigada con las mismas penas que la tentativa.

¿Cuál de estos tres sistemas cuenta con el apoyo de la razón?

En la participación de varias personas en el mismo crimen, es la ley, dice Rossi, la que debe resolver la cuestión de si se reconocerá dos especies de coparticipación (codelincuencia, complicidad ó una sola especie. Es en la ley que debe indicarse de *una manera general* los caracteres de la participación y los que distingue la codelincuencia de la complicidad, si esta distinción es admitida. «Pero la *apreciación de los hechos*, en sus relaciones con el principio dirigente establecido en la ley, pertenece al Juez. Si el legislador indica hechos particulares, solo debe ser por vía de explicación y de ejemplo».

«La ley debe proceder en cuanto sea factible dice el doctor Rivarola por preceptos generales que comprenden todo un orden de hechos posibles de producirse. Debe huir de las enumeraciones, que tienen el peligro de ser incompletas, agregadas á las dificultades no siempre salvables de determinar los caracteres precisos de cada especie dentro del género. Debe sobre todo evitar la tarea de la clasificación de los hechos producidos, ajustándolos á las especies fijadas por la ley, cuando ningún interés práctico y positivo se reportará para ello en las funciones de la reprensión. El objeto de la ley no es el de colocar en distribución simétrica las distinciones sutiles que puede formular la variedad de casos que la práctica puede ofrecer».

Nuestro Código creyó posible proceder por el sistema de las enumeraciones. Dividió la complicidad en tres grados y dentro de cada grado enumeró los actos de coparticipación que los constituyan colocadas las penas á continuación de cada grado.

Son cómplices en primer grado: (art. 49).

1º «Los que hayan dado al autor principal instrucciones sobre el modo, medios ú ocasión de ejecutar el crimen, cuando dicho crimen se cometa realmente según las instrucciones dadas».

2º Los que hayan procurado al autor del delito, los objetos ó instrumentos directamente necesarios para la consumación del crimen, como el veneno si se trata de un envenenamiento ó las gauzas en el caso de un robo».

3º «Los que en el momento de la ejecución hayan prestado ayuda para que se consume el crimen, sea por una participación directa en la acción principal. sea estando en observación, haciendo reconocimientos ó de cualquiera otra manera».

4º Los funcionarios del Estado y agentes públicos que estando obligados por su empleo á denunciar, descubrir, indagar ó castigar las infracciones, hayan prometido antes del hecho ó en momentos de consumarse no cumplir con los deberes de su cargo ó que sin un acuerdo previo les hayan antes ó durante la ejecución prestado un auxilio efectivo de cualquiera manera».

Estos cómplices de primer grados serán castigados (art. 50).

1º «Con presidio ó penitenciaría por tiempo indeterminado si la pena contra el autor principal es de muerte».

2º «Con cuatro á diez años de presidio ó penitenciaría, si la pena del autor principal es presidio ó penitenciaría por tiempo indeterminado».

3º Con la cuarta parte hasta la mitad del mínimum legal si la pena del autor principal consiste en prisión ó arresto».

4º Con la mitad hasta las dos terceras partes de la multa si la pena del autor principal fuese multa..

Son cómplices de segundo grado (art. 51).

1º «Los que hayan dado los consejos é instrucciones de que habla el art. 49 inc. 1º, cuando no se verifiquen completamente las demas condiciones del mismo».

2º Los que procuren al autor principal los objetos é instrumentos que no podrían servir, si no para los actos preparatorios ó accesorios, ó para empresas ó proyectos posteriores á la ejecución de la acción principal».

3º «Los que antes del momento de la ejecución del hecho, prestan cualquiera clase de ayuda ó asistencia.»

4º Los funcionarios del Estado y agentes públicos, designados en el art. 49 N° 4, que sin estar en inteligencia con los autores principales del crimen facilitan su ejecución omitiendo á sabiendas y con intención culpable llenar los deberes de su cargo, antes de la consumación del hecho.

5º Todos los que antes ó durante la consumación hayan prometido á los criminales ocultar el hecho ó darles cualquiera otra ayuda después de consumado el crimen.»

Los cómplices de este grado serán castigados (art. 52).

1º «Si se trata de crímenes capitales, con dos ó seis años de presidio ó penitenciaria.»

2º «Si se trata de crímenes en que el autor principal, tiene diez ó más años de presidio ó penitenciaria con seis meses ó dos años de la misma pena.»

3º «En los casos en que el autor principal merezca solo pena de prisión, el cómplice de segundo grado, sufrirá la mitad cuando más ó la cuarta parte cuando menos de dicha pena.»

4º «Si la ley no pronuncia contra el autor principal más que una multa, el cómplice de segundo grado será castigado, con la sexta hasta la cuarta parte de la misma multa.»

«Se reputan cómplices de tercer grado (art. 53) los que ven preparar ó comenzar en su presencia un crimen ó delito, ó que saben que este crimen ó delito, debe cometerse y no lo impiden, sea por una denuncia inmediata á la autoridad más próxima sea por un aviso trasmitido á la persona expuesta al peligro, ó que si no pueden hacerlo por sí mismo, no llaman ó piden auxilio de otras personas ó no emplean cualquier otro medio en su poder, susceptible de ser puesto en uso, sin peligro para sí mismo ó para un tercero.»

«El cómplice de tercer grado sólo está sujeto á apercibimiento público (art. 54). Pero si se demuestra que la obligación de denunciar ó avisar se ha violado por un interés directo ó indirecto en el éxito de la acción culpable la pena será:»

1º «De uno á dos años de presidio ó penitenciaria, si se trata de crimen capital».

2º «De dos á ocho meses de prisión, si se trata de un crimen que tenga pena de presidio ó penitenciaria».

3º «De dos á quince días de arresto si se trata de crimen castigado con prisión de más de un año».

Si uno se fija detenidamente en las disposiciones que anteceden se vé que uestro Código siguiendo á su modelo el de Baviera, ha adoptado el primero

de los sistemas enunciados. Digo detenidamente, porque á primera vista parece que adoptase el segundo sistema. En efecto á la cabeza de las disposiciones que acabamos de transcribir, figura la regla general contenida en el art. 48, que también ya conocemos, y que es análoga á la del Código Español en su fondo. En efecto si bien existe esa regla general ó definición, fijándose bien se nota que no tiene objeto, porque no es la complicidad en género de esa definición la que el Código castiga, sino tales ó cuales casos de complicidad enumerados en los arts. 49, 51 y 53. De modo que, quien no se encuentre incluido en los casos enumerados en estos dos artículos y sí comprendido en la definición del art. 48, sería cómplice, pero no tendría pena, porque las penas están fijadas, con relación á los grados de la complicidad contenidos en los artículos 49, 51 y 53.

El sistema de nuestro Código ha sido criticado con justicia dice el doctor Obarrio, por las dificultades que ofrece la previsión de todos los casos que puedan ocurrir, para señalarles de autemano el lugar que les corresponda, en las diversas agrupaciones formadas por la ley, ya por la oscuridad que pueden producir la diversidad de distinciones que se establecen en la misma. La ley respecto de la complicidad debe limitarse á fijar reglas generales, que abracen todos los casos posibles de ocurrir en esta especie de participación criminal.

Con el sistema de las divisiones y enumeraciones taxativas «por cerrar la puerta á la arbitrariedad dice Groizard, se la cierra á la justicia.

Entrando ahora á examinar en detalle las disposiciones legales sobre la complicidad, aclararemos algunas y observaremos otras.

Refiriéndonos á la complicidad por medio de las instrucciones dadas sobre el medio, modos ú ocasión de ejecutar el delito, conviene aclarar que el espíritu de los arts. 49 inc. 1º y 51 inc. 1º es de considerar cómplice de primer grado al instructor cuando el crimen se cometió *en todo* según las instrucciones dadas; y cómplice de segundo grado al instructor cuyas instrucciones no sirvieron ó se aprovecharon sino en parte en la ejecución del mismo crimen.

La redacción del inc. 3º del art. 46, puede dar lugar á una confusión. En efecto, allí se considera como cómplice en primer grado, *al que ha prestado ayuda* para que se consuma el crimen, por una *participación directa en la acción principal*; pero hemos visto que los partícipes directos en la perpetración del crimen, esto es los ejecutores, son *autores principales* según el inc. 1º del art. 31. Para obviar esta dificultad el doctor Rivarola propone que la redacción de ese precepto se sustituya por esta otra: «los que hayan auxiliado á los delinquentes principales facilitando la ejecución del crimen».

Respecto de la complicidad de los empleados ó funcionarios públicos, consistente en la omisión criminal del cumplimiento de sus deberes, la distinción entre el cómplice de primero y segundo grado, depende según los arts. 49 inc. 4º y 51 inc. 4º de que el empleado, haya ó no prometido anteriormente este concurso. Si ha prometido anteriormente la omisión culpable de sus deberes, si ha estado *en inteligencia anticipadamente* con los autores principales el empleado ó funcionario público será cómplice en primer grado, pero si ese concurso lo realiza *sin estar en inteligencia* con los demás culpables, entonces se atenúa su responsabilidad y cae en la complicidad de segundo grado.

Lo que el art. 53, establece como complicidad en tercer grado, no es en rigor, un caso de codeincuencia. Así por ejemplo el herrero que fabrica una llave ú otro instrumento cuyo destino conoce que es para servir en un robo,



no puede decirse que es copartícipe ó cómplice del robo. Habrá una indiferencia culpable, un silencio inmoral pero no una codevincuencia en el sentido legal de la palabra.

El mismo Código así lo reconoce, y el codificador en una nota puesta al pie del artículo que nos ocupa, dice que se emplean aquí las palabras *se reputan*, por que los incursores en este precepto no *son* en realidad cómplices, desde que la inacción ó el silencio, no ayudan, ni provocan la perpetración del crimen.

Es indudable que el hecho á que se refiere la disposición que estudiamos merece algún castigo. «Es del interés del Estado, dice el comentario oficial del art. 78 del Código de Baviera de donde se tomó el nuestro, no solo castigar sino también y principalmente prevenir los crímenes. Así el hombre que pudiendo prevenir un crimen, descuida emplear con este fin los medios de que dispone, viola un deber para con la sociedad y merece compararse á un cómplice moral.»

Este principio sustentado por nuestro Código, viene desde antiguo. *Si prohibere potuit* decía una ley romana, *tenetur si non fecit*, salvo el caso de no poder impedir el delito.

Las Partidas decían también «el señor que vé facer mal á aquel á quien lo puede vedar, si non lo vieda, semeja que lo consiente e que es aparcerero en ello» y castigaba el hecho con penas severísimas salvo, «que non lo facen más por embargo que hace de su cuerpo ó por mengua de entendimiento.»

Creemos que es justo que la Ley castigue el hecho contenido en el art. 53, pero para el efecto no era necesario atribuirle naturaleza que no le es propia. Otros códigos obrando más cuerdamente castigan este hecho, en la parte especial entre las *omisiones culpables*.

En homenaje á los afectos que crean ó suponen los vínculos de familia, «los parientes consanguíneos en línea ascendente y descendente, los padres y hermanos, los esposos y afines en primer grado, no están obligados ni á denunciar unos á otros á la autoridad, ni á ejecutar actos propios para impedir el crimen, cuando no puedan hacerlo sino denunciándose. Sin embargo estarán sujetos á la responsabilidad del artículo anterior, el ascendiente que conozca el proyecto de cometer un crimen formado por el menor que está bajo su autoridad y el marido que sepa el proyecto criminal formado por su mujer, si fueren convencidos de no haber empleado los medios de que podían disponer para prevenir el crimen de su propia autoridad, para hacerlo más difícil ó para impedirlo (art. 55).

Pasando ahora á tratar de la represión de la complicidad diremos que nuestro Código siguiendo á la legislación universal, (á excepción del Código Francés) castiga con menos pena esta forma de la codevincuencia, que á los autores principales. Y no podía ser de otro modo, desde que no siendo igual la importancia de estas dos maneras de participar de un delito, la penalidad también tenía que ser desigual. La distinta penalidad es una consecuencia necesaria de la distinta participación.

«La equiparación de cómplices y autores, con respecto de la penalidad sujeta por el Código Francés, ha sido justa y severamente criticada dice el doctor Rivarola, y en general la legislación ha sancionado el principio contrario. Cualquiera que sea el sistema que se acepte en la formación de un Código es forzoso fijar á la participación secundaria en el delito, una pena menor que la que corresponde á los autores principales. Si es el deseo de hacer jus-



ticia, con arreglo á una noción preconcebida de lo justo, la equidad aconseja no castigar de la misma manera, al que fué menos delincuente, que al que lo fué más; si es el de la defensa social, la temibilidad del que solo llega á tener una participación secundaria en el delito, es por este solo dato naturalmente menor, que la del que la tiene principal. Hay aún motivos de utilidad en la diferencia de las penas aplicables á uno y otro. He aquí como los espresa Rossi:

«Pronunciar contra un cómplice cualquiera la misma pena que contra el autor del crimen, es frecuentemente el medio de poner á los tribunales en el caso de no declarar probada la complicidad. Es también uno de los casos en que se llega á la impunidad por la vía del terror».

«Hay más aún: los cómplices forman con los autores del delito una especie de asociación. ¿Convendrá igualar para todos, los riesgos de la empresa criminal? Creeríase tal ley sugerida por los criminales. En efecto cuanto mayor es el peligro á que se esponen los hombres asociados para el crimen más tratan de que este peligro sea igual para todos ¿Interesará al legislador secundar estos propósitos? Haced al contrario, que haya ante los ojos de la justicia, papeles principales y papeles secundarios en la tragedia del crimen: su distribución será menos fácil y á veces la pieza no será ejecutada por las disenciones de los autores. Se acuerda á veces la impunidad ó una conmutación de pena, á uno de los cómplices, con el fin de obtener revelaciones, medida que puede ser excusada por la necesidad, pero que repugna siempre á los hombres honrados, porque da á la justicia el auxilio de la traición. Esta desunión que suele introducirse entre los autores ó cómplices de un crimen consumado, sería más moral y más útil sembrarla entre los que deliberan un crimen proyectado».

El art. 50 de nuestro Código establece como hemos visto la penalidad de los cómplices de primer grado. En este artículo una gravísima falta, que no se cómo no la ha hecho notar al Congreso el Poder Judicial encargado por ese artículo ¡no tienen pena los cómplices de primer grado de todos los crímenes en que el autor principal merezca presidio ó penitenciaría por tiempo indeterminado!!!... Esto es un colmo, porque no tienen pena los cómplices de los crímenes más graves siempre que no merezcan pena de muerte ó presidio por tiempo indeterminado.

En el art. 52, que establece la penalidad de los cómplices de segundo grado, se observa una falta análoga aunque no tan grave como en el art. 50. En el art. 52, tampoco tienen pena, los cómplices de segundo grado en los crímenes que merezcan presidio de seis á diez años. Y da la casualidad, de que precisamente los crímenes en que es más frecuente la complicidad como son los robos tienen la pena de seis á diez años de presidio. De modo que en nuestro Código Penal, se ofrece la monstruosidad de que ningún cómplice de robo de primero ni de segundo grado, tiene pena por la ley. No parece sino que se hubiera hecho á propósito este vacío para dejar indefensa nuestra sociedad contra los ladrones.

Hay un caso de complicidad en nuestro Código, que no está colocado en este capítulo sino en el anterior correspondiente á los autores principales; ese caso es la segunda parte del art. 33 que dice: «el que por consejo, comisión ú otros medios semejantes fortifique en algunos la resolución tomada anteriormente de cometer un crimen, será juzgado por las disposiciones de la Ley contra los cómplices.

¿Cuáles disposiciones sobre la complicidad serán las que se apliquen á este caso? ¿Serán las de primero, segundo ó tercer grado? Nuestro Código no lo dice, por que allí se castiga, no la complicidad en general, sino casos concretos de complicidad á los cuales refiere expresamente el Código las penas en él contenidas. De modo que esta regla general es inútil porque no tiene sanción.

¿Puede haber complicidad por culpa ó imprudencia?

Nuestro Código no prevé el caso. Sin embargo si la admite para la copartición, si ella cabe perfectamente en este grado de la codeinfluencia, como lo hemos visto al comentar el art. 33, es forzoso que también la admita la complicidad. En efecto supóngase un médico, que consultado por una mujer cuyo estado de embarazo sea notorio sobre los medios de causar un aborto, éste le diese dichas instrucciones, y en su consecuencia se produjera el aborto. Aunque el médico, hubiera dado las instrucciones sin voluntad criminal, su imprudencia es evidente y la ley no puede menos que castigarlo.

Aquí habría complicidad por culpa, porque notorio que el crimen de aborto *estaba ya resuelto* por la paciente. Esta resolución anterior del crimen á cuya ejecución contribuyó involuntariamente, es la que distingue la *complicidad por culpa* de la *coparticipación por culpa* que ya hemos visto en la lección anterior.

*Si el acusado de complicidad dice el art. 56, pretende no haber querido cooperar sino á un crimen menos grave que el cometido por el autor principal, no le será admitido este medio de defensa á menos que pruebe haber solo prometido su concurso al autor principal, para un crimen de una gravedad inferior á la del cometido, en cuyo caso la pena debe ser aplicada al cómplice en razon del crimen á que tenía intención de prestar ayuda.*

Como se vé y el mismo comentario oficial de nuestro Código lo dice, la disposición de este artículo no es más que la aplicación de los principios del dolo á la complicidad. La prueba de la exculpación incumbe en general al cómplice á no ser que ella resulte de la naturaleza misma del hecho ó de las constancias del proceso. Pero no era necesario este artículo, por cuanto el art. 13, ya dice más adelante como regla general, que todo acto punible se presume ejecutado con voluntad criminal salvo la prueba en contrario. De modo que cometido un acto de complicidad criminal la ley presume que la cooperación se prestó al crimen cometido por el autor principal, con voluntad criminal; pero si de las circunstancias particulares de la causa resulta que el criminal solo tuvo intención de cooperar á un mal menor, no sufrirá sino la pena que mereciese su intención efectiva.

Dice el art. 57: *Si el crimen al cual se ha cooperado no se consuma, la pena del cómplice se determinará conforme á las prescripciones sobre la complicidad en sus tres grados y en proporción de la pena de la tentativa en que hubiese incurrido el autor principal.*

*Pero la circunstancia de que la tentativa no es pasible de pena alguna en el autor principal, no podrá invocarse por el cómplice, sino cuando los principios legales que eximen á la tentativa de castigo, puedan aplicarse á la persona ó acción del mismo cómplice.*

Sobre la primera parte de este artículo el comentario oficial de nuestro Código trae el siguiente ejemplo aclarativo: Supongamos que el crimen consumado sea castigado con la pena de muerte; pero no ha habido sino tentativa próxima, en cuyo caso la pena será la de presidio ó penitenciaria por tiempo indeterminado. Pero el culpable de que se trata, no es el autor principal

de la tentativa sinó el cómplice en primer grado. La pena será entónces de presidio ó penitenciaria de cuatro á diez años (art. 20 inc. 1º y 50 inc. 20).

La computación de la pena del cómplice de la tentativa supone entónces dos pasos ú operaciones 1º relación de la pena de la tentativa á la del delito, 2º relación de la pena de la complicidad á la de la tentativa. Esta solución no admite duda ni dificultad de ninguna especie.

Para aclarar el concepto de la segunda parte del artículo que nos ocupa pondremos otro ejemplo: supóngase el caso de un cómplice que contribuye con el veneno, para un asesinato (art. 49 inc. 2º)—pero el autor principal, momentos antes de propinar el veneno á la víctima, desiste del crimen por un arrepentimiento espontáneo. Hemos visto ya que el art. 16, exime de pena á la tentativa cuando el agente desiste de su empresa por un movimiento espontáneo de su voluntad; de modo que en el caso propuesto el autor principal estará exento de pena, pero no el cómplice, que con voluntad criminal, contribuyó con el veneno, y se sostuvo en su resolución hasta el último momento. Por manera que el principio sentado por nuestra ley, es que el desistimiento operado por el autor principal no aprovecha al cómplice sino éste no adhirió á ese desistimiento.

No necesita muchos comentarios esta solución, en mérito de las reglas de responsabilidad penal que ya conocemos. Vemos que ella está conforme con los principios racionales y científicos sentados sobre la responsabilidad de los autores de tentativa al tratar de esta materia.

Dice el art. 58: *Cuando un cómplice no preste á un crimen la cooperación que había convenido dar ó desista de la que hubiese comenzado, antes de que haya podido ser útil al autor principal, habrá complicidad tentada y siempre que su cooperación sea punible, según los principios sentados, se aplicarán las disposiciones de la Ley contra la tentativa. La pena sinembargo no se aplicará en proporción de la pena principal del crimen consumado ó por consumir, sino de las penas fijadas para la complicidad.*

En el artículo hemos tratado de la *complicidad de la tentativa*, en este artículo invirtiendo los términos se refiere nuestro Código á la *tentativa de la complicidad*. Los dos pasos ó proposiciones para la computación de la pena correspondiente, tienen lógicamente que invertirse, en esta forma: 1º *relación de la pena con la complicidad*; 2º *relación de la complicidad con la tentativa*.

Para aplicar este artículo dice el mismo comentario de nuestro Código, es preciso hacer exactamente, la inversa de lo que se ha hecho para aplicar el artículo anterior. En vez de comenzar por determinar la pena del autor principal, es preciso tomar por base la del cómplice. Así repitiendo la misma hipótesis anterior, supongamos que se trata de un crimen capital. La complicidad de primer grado acarrea presidio ó penitenciaria por tiempo indeterminado.

El culpable de tentativa próxima de complicidad sufrirá de diez á quince años (art. 26 inc. 2º).

Dice el art. 59: *El que antes del cumplimiento de un crimen, haya prometido á los culpables su cooperación, para el tiempo solamente que siga á la consumación del crimen, no quedará disculpado, por la inexecución de su promesa, después de cometida la acción, si antes que esta acción se consumase, no hubiere declarado, clara y expresamente á los culpables que re'iraba su palabra.*

La disposición de este artículo no es más que la aplicación á los cómplices de los principios establecidos al tratar de las sociedades para delinquir. El origen de la responsabilidad del cómplice en este caso, está en la presunción

de que quizás el criminal no se hubiera decidido á cometer la infracción ó hubiera diferido su ejecución si no contase en la cooperación cometida por el cómplice. Debemos recordar que la complicidad es aquí de segundo grado (art. 51 inc. 5°).

Dice el art. 60: *No hay cómplices sin hecho principal punible; pero si el autor principal, no es perseguido en razón de su buena fé ó de algún privilegio personal, la acción pública, puede dirigirse contra los cómplices.*

Esta disposición se compone de una regla general y una escepción: examinaremos una y otra separadamente.

La regla general *no hay cómplice sin hecho principal punible* la funda Haus del modo siguiente: «Los actos constitutivos de participación no tienen por regla general criminalidad propia; no son punibles sino por que se refieren á un hecho principal, que la ley califica de delito y que le imprime su carácter delictuoso; á falta de ese vínculo quedan impunes y si algunos pueden ser inculcados por la ley, lo serán como delitos particulares y no como tentativa de participación criminal.»

Para aclarar el concepto de la segunda parte del artículo, pongamos un ejemplo: supongamos un hijo que ha hecho víctima á su padre, un hurto ó una defraudación y que tenga un cómplice que le ha dado las instrucciones necesarias. Cometido el delito, el hijo no sería pasible de ninguna pena por que el art. 353 de nuestro Código por razones, que no es oportuno examinar, no admite ninguna acción penal por estos delitos contra el padre y el hijo; pero el cómplice es muy justo que sea castigado y así lo establece este precepto.

Si nos fijamos un momento en el art. 60 que estudiamos, encontramos que la primera parte está en completa contradicción con la segunda; porque mientras no admite que un cómplice sea castigado sino lo es al mismo tiempo el autor principal, la segunda establece todo lo contrario como es notorio.

La regla general *no hay cómplice sin hecho principal punible*, está así mismo en completa contradicción con la segunda parte del art. 57, que también admite la posibilidad del castigo del cómplice sin el del autor principal, no por circunstancias *personales* como en el art. 60, sino por circunstancias de hecho.

Decididamente preferimos esta solución á la regla general de la primera parte del art. 60, por las razones expuestas al tratar de la responsabilidad penal en las distintas faces del delito. Somos por tanto de opinión que la primera parte del art. 60 debe desaparecer, y la segunda parte ser agregada al art. 57, desde que estos dos preceptos establecen idéntico principio. Por manera que el artículo 57 es el único que debe subsistir pero con otra redacción más clara y más comprensiva. Podría decir por ejemplo: *las circunstancias personales ó de hecho que por disposición de la Ley exime de pena al autor principal, no pueden ser invocadas por el cómplice, sino cuando ellas pueden ser aplicadas á la persona ó acción del mismo cómplice.*

## II

Pasando ahora á la última clase de personas que nuestro Código responsabiliza por los delitos tenemos el *auxiliador* que el art. 61 define diciendo: *es auxiliador y se castigará como tal todo el que después de consumarse una infracción, favorezca al autor por acciones ú omisiones culpables, que tengan*

*relación con la infracción consumada, sin haber prometido esta ayuda antes de la ejecución del hecho.*

Los auxiliares, dice el comentario oficial, difieren esencialmente de los cómplices, (*concurso concomitans*) en que su ayuda tiene lugar, después de la consumación del crimen ó delito (*concurso subsequens*) y ninguna influencia puede tener de consiguiente en el hecho principal. No hay pues auxilio posible sino cuando el crimen está enteramente consumado; porque si ese auxilio se presta ó por lo menos se promete por actos ó palabras anteriores ó concomitantes al delito, el que los presta es autor principal ó cómplice.

Se ha creído generalmente, decía el doctor Pifíero, que el *encubrimiento* constituye una participación; y así se lo ha legislado generalmente al tratar de las personas responsables de los delitos. Pero de un tiempo acá se ha reaccionado contra esta creencia, viéndose que el acto del encubridor no es de participación, y de consiguiente quien lo realiza no es copartícipe. Por esto es que esta materia no se legisla ya en muchas legislaciones entre las disposiciones generales de la ley, sino en la parte especial, como un delito particular al cual pueden concurrir varios individuos. Así por ejemplo el Código Italiano castiga el encubrimiento, con el nombre *favoreggiamento*, como un delito especial, incluido entre los delitos contra la administración de Justicia. Es efectivamente contra la buena marcha de este poder que atenta el encubridor ocultando la persona, las huellas ú objetos provenientes del delito.

Contra el sufragio de la inmensa mayoría de los Códigos modernos, nuestro Código, admite que el auxilio puede tener también tres grados como la complicidad y así dice:

«El que recibe en su casa ú oculta malhechores ó los ayuda á huir ó á suprimir los rastros ó pruebas de su crimen, como el que recibe á sabiendas en su casa, objetos adquiridos por un crimen, los compre por sí mismo, los revenda ó trasmita de cualquier otro modo á otros será considerado *auxiliador en primer grado* y tendrá la misma pena de los cómplices de segundo grado. Se reputará que hace tal oficio, el que fuese convencido de haber dado ya auxilio *por lucro*, al menos á dos crímenes, de la misma especie, cometidos en épocas diferentes (arts. 62 y 63).

«El que cometiere los mismos actos de ayuda, sin hacer de ellos oficio, será considerado *auxiliador en segundo grado* y castigado como los cómplices de tercero, que tienen interés directo ó indirecto en la acción culpable y si la pena fuese prisión, el auxiliador será castigado con una multa de veinte á cien pesos fuertes ó arresto de uno á cinco días» (art. 64).

«El que teniendo conocimiento de un crimen cometido ó de los autores de este crimen, omita comunicar lo que sabe á la autoridad, cuando tenía obligación de hacerlo por su profesión, será considerado auxiliador de tercer grado y castigado como los cómplices en igual caso y suspensión del empleo ó profesión desde ocho á treinta días (art. 65).

Contra la división del encubrimiento en grados y su sistema casuístico, podemos aducir las mismas razones que recordamos al hablar de la culpabilidad. Ya hemos visto cuan dificultoso y poco científico es el sistema de amontonar casos y distinciones, donde las reglas amplias y generales deben preferirse.

Yendo ahora á los detalles, tenemos que nuestro Código coloca en el grado más alto del encubrimiento, el auxilio *mercenario*, cometido habitualmente, haciendo oficio de él.

Si uno se fija bien encontrará que más que un acto de encubrimiento im-



porta este hecho un acto de complicidad: «El hábito de ocultar á los malhechores, dice Haus, hábito sobre el cual estos pueden contar, encierra de parte del ocultador la promesa de presentarles ayuda y asistencia, después de la perpetración de los crímenes, que tienen intención de cometer. Esta promesa, este acuerdo que se forma por el hecho mismo entre los malhechores y los fautores habituales, facilita la ejecución de los proyectos criminales, asegurando á sus autores el auxilio para sustraerlos, á la acción de la justicia y un lugar seguro para depositar el producto de sus crímenes».

El mismo comentario oficial de nuestro Código dice, que la esperanza de encontrar un refugio en casa del ocultador habitual, á quien se le paga salario equivale de parte de éste, á un *compromiso contraído de antemano; y como la participación en tal caso precede al hecho no hay auxilio sino complicidad* (Nota de los art. 62 y 63).

No puede haber confesión más patente de la inconsecuencia del Código con sí mismo que la manifestación que acabamos de transcribir. El mismo reconoce que aquí no hay encubrimiento sino *complicidad*, y sin embargo coloca el hecho en este capítulo en lugar de hacerlo en el anterior correspondiente.

Efectivamente, lo que hay en el caso que nos ocupa es complicidad y no auxilio puesto que existe aunque tácita una *promesa anterior al hecho de la consumación del crimen*, circunstancia que coloca á lo previsto en el art. 62 bajo la sanción del inc. 5 del art. 51 que hemos visto ya. Este es un caso de complicidad especial, dice Nipels, fundada sobre una *presunción*. Así lo han entendido algunos códigos entre los cuales se cuentan el francés y el belga.

Bajo estos conceptos el verdadero grado primero del encubrimiento, es lo que nuestro Código coloca en el grado segundo, esto es el auxilio mercenario, cometido no habitualmente (art. 64).

En cuanto á los auxiliadores de tercer grado, la razón de ser colocados sobre un pie de criminalidad inferior que los anteriores, es porque el deber violado no es tan importante, ni tan repulsivos los móviles como los anteriores. Solamente faltó al deber de denunciar el crimen cometido—cuando dicha denuncia fuese una obligación propia de la profesión que ejerce el que omitió la denuncia.

«Por mas que se haya considerado cuan inmoral y odiosa, dice el doctor Rivarola, es la protección al delincuente y con particularidad cuando se hace por profesión ó con interés de aprovechar las consecuencias del delito, la influencia en el delito es remota y su penalidad debe ser mucho menos. Las penas fuertes para los encubridores parecerían inspiradas por el antiguo adagio francés, *point de recéleur, point de voleur*, que poco tenía de cierto: el encubridor ignora aun la existencia del delito cuando este está ya consumado».

El Código ha tenido en cuenta estos principios, al imponer al encubrimiento penas que por lo general no pasan de la prisión correccional. Tales son las que establecen los arts. 52 y 54 en combinación con arts. 62, 64 y 65.

«Cualquiera otra persona que no sea de las mencionadas, dice el art. 66, (refiriéndose á los art. 61, 62, 63, 64 y 65), no estará sujeta á pena por omitir la denuncia de un crimen, sino en cuanto el crimen cometido acarree pena capital ó de muerte y que su omisión haya hecho imposible ó más difícil la persecución ó represión del crimen, en cuyo caso la pena será represión pública, que podrá elevarse segun las circunstancias á arresto de uno á cinco días ó multa de veinte á cien pesos fuertes».

Resulta de esta disposición como de las demás referidas de este mismo capítulo

que el solo conocimiento de la existencia de un delito ó la omisión de la denuncia, no constituye al sujeto en encubridor. «Es necesario mas: una acción ó una abstención encubridora: una acción ocultando ó facilitando la fuga del delincuente, haciendo desaparecer los rastros del delito, escondiendo los objetos sustraídos etc. una omisión, no cumpliendo las obligaciones inherentes á las funciones públicas».

La ocultación del delincuente y con este objeto la de los rastros del delito, es á veces una imposición de los delicados sentimientos de la familia».

Por eso es que nuestro Código establece en el art. 67 que: *Los consanguíneos en línea ascendente y descendente, los padres y hermanos, los esposos y afines en primer grado, no serán pasibles de pena, por falta de denuncia, ni por actos de auxilio cuyo fin sea proteger la persona del culpable, á menos que semejante auxilio se relacione con otros crímenes; como tampoco por recibir los efectos del delito, á menos que se aprovechen de ellos ó auxilien á los autores ó cómplices para aprovecharse de ellos».*

El Código Argentino y otros muchos incluyen también en esta exención á los amigos íntimos, domésticos y á los que hubiesen recibido del autor del delito grandes beneficios anteriores á este.

Siendo el afecto presunto el motivo de exculpación, nos parece inevitable que se extienda ésta á las personas nombradas en el Código Argentino. La amistad íntima, la fidelidad y la gratitud son muy fuertes en el corazón humano y la ley no puede menos que respetarlos, si quiere ser ella también respetada. De otro modo se espone á ser letra muerta, porque las leyes que no están conformes con la opinión pública y las exigencias de la naturaleza moral del hombre, más serán burladas que cumplidas.

---

## LECCION XVI

De la Prevención; generalidades—II Teoría preventiva directa—III Teoría preventiva indirecta; Beccaria, Romagnosi—IV Teoría de los substitutivos penales de Ferri—V Crítica de esta teoría.

### I

Después de haber estudiado el *delito* y el *delincuente*, dos de los extremos fundamentales del Derecho Penal, nos resta que estudiar el otro término que es la *pena*, esto es la función represiva con que la sociedad contrarresta sus funestos efectos. Pero antes de entrar al estudio de la represión, el orden lógico de los hechos, nos impone el deber de estudiar la función social llamada *prevención*.

*Melius est occurrere in tempo quam post exitum vindicare*, decía un proverbio jurídico romano. Mejor es prevenir á tiempo los delitos que castigarlos después de realizados. La *prevención* está, pues, naturalmente, antes que la *represión*. Antes que la *cirugía* de la pena debe emplearse la *higiene* de la prevención. Concéntrese la energía de las fuerzas sociales en remover las causas del mal del delito y se obtendrá un resultado mucho más positivo que consagrándose después á estirpar sus efectos.

Sentado el orden correspondiente á la materia que vá á ser objeto de esta lección, entremos resueltamente á su estudio.

### II

Ante todo hemos de tener presente, que hay un medio de prevención, que no es susceptible de discusión y que está fuera de las consideraciones que haremos más adelante: es la *prevención directa*, que consiste en aquellas medidas policiales, tomadas cuando se tiene noticias de que se vá á ejecutar un acto criminoso.

Sobre esta prevención nada hay que decir, que no sea favorable á su completa y universal aceptación, siempre que se ejercite dentro de sus justos límites.

Pero aparte de esta prevención hay otra llamada *prevención indirecta*, que se propone hacer desaparecer el crimen por medios indirectos. Es esta prevención la que ha sido motivo de discusiones entre los penalistas y sociólogos, cuyas principales teorías, pasamos á exponer brevemente.

### III

La idea de prevenir indirectamente el crimen no es nueva, como se ha creído á menudo. En muchos escritores antiguos se encuentran indicaciones sobre la conveniencia, que habría en impedir la comisión de delitos por medio de instituciones adecuadas. Platon entre los antiguos y Montesquieu. Tomás Moore, Bentham, Carmignani entre los pensadores modernos, sin citar á otros muchos, sostenían que era más propio del legislador procurar el mejoramiento de las costumbres, que dictar medidas para sojuzgar é inculpar los actos de los habitantes de un pueblo.

El fundador de la escuela clásica Beccaria afirmó también categóricamente que es más conveniente y más benéfico para la sociedad prevenir el delito que reprimirlo. En los capítulos finales de su pequeña obra inmortal. *Del delito y de la pena* indicó las causas que á su juicio conducían decisivamente el crimen, siendo ellas la mala redacción de las leyes, la ignorancia, la relajación de las costumbres, el libertinaje, la embriaguez y la mala administración de justicia. En seguida indicaba los medios de remover esos elementos.

Por lo que se refiere á la redacción de las leyes decía que ellas debían ser claras, sencillas, fácilmente inteligibles, para que la sociedad entera gobernada por ellas, reuna sus fuerzas para defenderlas, sin que haya otra parte de la nación que se ocupe en minarlas: que no debían reprimirse aquellas acciones indiferentes ó dudosas del punto de vista de la moralidad, sino aquellas otras que violan abiertamente el derecho; porque siendo la probabilidad de cometer el delito, proporcionada al número de los motivos, ampliar la esfera de estos, es aumentar la probabilidad de que aquellos se lleven á cabo.

En lo relativo á la ignorancia y relajación moral, indicaba como medios de combatirla, la difusión de las luces, haciendo notar la influencia de la civilización, de la educación, de las ciencias y de las artes sobre las costumbres.

Por lo que respecta á la mala administración de justicia, creía que el mejor medio de hacerla desaparecer, era el de formar cortes numerosas, pues cuanto mayor fuese el número de los jueces, menos peligrosa sería la violación de las leyes, puesto que la venalidad sería más difícil entre miembros que se observan mutuamente; porque cada juez procuraría acrecer su autoridad moral sobre los demás; de todo lo cual resultaría que se prestigiase más la ley que el magistrado.

Por fin opinaba también Beccaria, que las recompensas señaladas á la virtud, serían también un medio de precaver los delitos. ¿«Cómo es que las leyes modernas de todas las naciones, decía, observan un silencio profundo sobre este objeto? Si los premios académicos que se han ofrecido á los que hiciesen descubrimientos útiles, han multiplicado el número de estos ¿no se harían también mas comunes las acciones virtuosas, siempre que se dignase coronarlas, la mano de un monarca benéfico? La moneda del honor distribuida con juiciosa economía no se agota jamás y produce constantemente los mejores frutos».

Romagnosi que también se ocupó de la prevención, indicó como causas principales del delito: *la miseria, la falta de educación, la falta de vigilancia y de justicia*.

Para remover la primera causa, debían impedirse todas las trabas, privilegios y monopolios, que establecen una desigualdad artificial entre los hombres, no dejándose subsistentes sino las desigualdades fundadas en la naturaleza;

eliminar todo lo que dificulte las actividades individuales lícitas dando á cada uno completa libertad para ejercer sus facultades segun su deseo.

Hasta aquí no habría lugar á ninguna intervención positiva por parte del Estado, puesto que sus acciones solo serían negativas; mas siguiendo el desenvolvimiento de su doctrina llegaba á la conclusión de que en ciertos casos el Estado debe hacer algo de carácter positivo, por ejemplo, cuando los ciudadanos se hallasen en un estado de indigencia absoluta de la que no fueran culpables. Entonces el Estado está obligado á darles trabajo ó arbitrar otros medios para sacarlos de tan afligente situación. Creía Romagnosi, que para conseguir esto, el Estado no tendría mucho que gastar en poner una dedicación muy grande; y que aun en el caso de que fueran muy numerosas las personas menesterosas el Estado debía sacarlas de esa situación, desde que á su juicio, del mismo modo que el Estado mantiene ejércitos para los enemigos exteriores, debe también obrar contra los enemigos interiores.

Respecto de la educación, el deber del Estado es para él, procurar el desarrollo de la educación moral y religiosa, para impedir el vicio y las acciones delictuosas.

En lo referente á la *falta de vigilancia* y *de justicia* creía que el Estado, debía empeñarse en una vigilancia activa contra las clases peligrosas de la sociedad y establecer leyes inexorables y severas contra la ociosidad y vagancia. La Administración de Justicia debía ser pronta, exacta y barata.

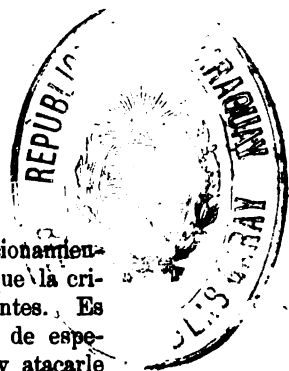
Como se ve, las teorías de Beccaria y Romagnosi, que hasta cierto punto se complementan, no son sinó principios elementales de buen gobierno, que constituyen generalmente el ideal de los estadistas y sociólogos para la felicidad de los pueblos. Por otra parte, tanto el uno como el otro consideran los factores que enumeran bajo un punto de vista muy general; nada particularizan y algunas de las ideas que enuncian (como por ejemplo la de que el Estado está obligado á proporcionar trabajo á los menesterosos) son muy discutidas.

#### IV

Ha sido no obstante recién en la época contemporánea, actual, que esta materia de la prevención ha entrado á asumir definitivamente el rol que por su importancia le corresponda en la ciencia Penal.

Este hecho es debido á Ferri el gran escritor orador y polemista de la nueva escuela, que con su famoso sistema de los *sustitutivos penales* ha venido á poner en tela de juicio, la verdadera y efectiva importancia de la función social de la prevención indirecta, indicando los medios de ser llevada inmediatamente á la práctica.

La teoría de Ferri tiene su origen racional en la ineficacia de las penas, ineficacia que se afirma en principio porque, en primer lugar, concurriendo á la formación del delito, factores físicos, sociales y antropológicos, solo sobre una clase de estos últimos y en casos especiales, puede ejercer influjo el castigo; y en segundo lugar, porque no siendo la sociedad homogénea y distinguiéndose en ella tres clases de hombres, una que no delinque, otra que lleva en sus entrañas el fomes infalible del crimen, y otra que oscila entre ambos extremos, solo á esta afectará en cierta medida la acción de la pena. Aquella ineficacia está así mismo confirmada por la Historia y la Estadística: de nada sirvieron draconianas leyes encaminadas á detener á los ciudadanos por una senda que el legislador creía peligrosa ó nociva para los intereses comunes; á



pesar de todas las penas que hoy se aplican y de todos los perfeccionamientos realizados en materia penitenciaria, los números hablan y dicen que la criminalidad rebasa los débiles diques y sube en proporciones alarmantes. Es pues urgente, que la sociedad recurra á otros procedimientos, en vez de esperar el delito y luchar de frente con él, ha de adelantarse al delito y atacarle por el flanco.»

En vez de castigar el delito perpetrado, la sociedad debe buscar de hacer desaparecer muchos elementos del crimen, suprimiendo y modificando, una serie de instituciones, costumbres, leyes, prácticas y actos que son ocasiones propicias ó factores de la criminalidad.

Tomó como punto de partida la teoría de Quetelet sobre la regularidad de los fenómenos sociales. Este sábio había sentado que los fenómenos sociales se repiten con una regularidad semejante á la de los fenómenos de la naturaleza; que los crímenes se suceden con tanta ó más regularidad, que los nacimientos, matrimonios y demás fenómenos biológicos sociales.

Afirmaba Quetelet, que con los datos de la estadística comparada, podría predecirse el número de individuos que en tal año, bañarían sus manos con la sangre de sus semejantes, como también el número de ataques á la propiedad, con variaciones tan insignificantes, que apenas podrían apreciarse, tesis que otros autores han creído exacta, aceptando la reproducción casi idéntica de los crímenes de año en año, siempre que quedaran subsistentes las mismas causas; llegando á establecer que las variaciones son muy insignificantes en veinticinco años en los delitos contra las personas y cincuenta en los delitos contra la propiedad.

Aceptando esta teoría como cierta, aunque sin concederle la exactitud matemática que algunos pretenden atribuirle, hizo Ferri el siguiente raciocinio. El crimen no es un acto puramente arbitrario del hombre. Su aumento ó disminución no depende del libre albedrío. El nivel de la criminalidad varía en cada año, según las condiciones del ambiente físico y social combinadas con las tendencias congénitas y con los impulsos ocasionales de los individuos.

Ahora bien, así como en una cantidad de agua, no se puede disolver sino una determinada porción de sal, ni una molécula mas, ni una molécula menos, así también en un medio social con tales condiciones físicas, individuales y sociales, se tendrá la ejecución de un número determinado de crímenes, ni uno mas, ni uno menos. Y como el primer caso en la Química se llama *saturación*, el segundo lo llama él *saturación criminosa*.

Agrega Ferri, que así como en la Química, fuera de la saturación normal, se obtiene aumentando la temperatura del líquido una *sobresaturación* excepcional, así también en la Sociología criminal, fuera de la saturación ordinaria regular y constante, obsérvese á veces una verdadera *sobresaturación criminal*, por las condiciones excepcionales del medio social. Así por ejemplo en los periodos de agitaciones políticas no hay criminalidad regular; porque entonces las reuniones son más frecuentes y numerosas, la ardoriedad de las pasiones ocasiona múltiples choques y los caudillos políticos trayendo á la escena elementos recogidos de los bajos fondos sociales, hacen que se empleen en la delincuencia, una serie de fuerzas que en épocas normales no se manifestarían.

Ahora bien, si es exacto, que dada una cantidad de fuerzas como factores del crimen, se producirán tantos delitos, ni más ni menos, es claro que si se suprimen y se moderan esas causas se habrían suprimido ó disminuido una



cantidad correspondiente de crímenes: *sublata causa, tollitur effectus*. Para eso el legislador debe estudiar los orígenes de la actividad malhechora, su marcha, sus efectos, solamente de cuyo modo, podrá obtener un resultado práctico en la lucha que sostiene contra el crimen.

Según Ferri, la Historia y la experiencia nos enseñan, que la eficacia duradera de toda medida, en el campo político, económico, administrativo etc. está siempre en razón inversa de su violencia y de su instantaneidad. Ahora bien: la pena es contraria á esta ley sociológica porque no es otra cosa en su esencia que la primitiva reacción de la fuerza contra la fuerza. En la vida diaria, en la escuela, en las asociaciones, la experiencia nos enseña que para hacer menos pernicioso la explosión de las pasiones es más conveniente atacarlas de lado y en su fuente que ponerse frente á ellas. Igualmente en la lucha continua empeñada entre la sociedad y los malhechores, más bien que ejercitarse siempre en la forma primitiva de la fuerza física social, directamente opuesta á la fuerza física individual sistema que la experiencia ha demostrado ser infructuosa, deberá expresarse con una dinámica indirecta de la fuerza psíquica.

El concepto de los substitutivos penales se resume pues, en que el legislador estudiando la marcha de la actividad individual y social, investigando los orígenes, las condiciones, los efectos llegue á conocer las leyes fisiológicas y sociológicas para hacerse dueño de una gran parte de los factores criminales, con especialidad de los sociales, para influir de esta manera por modo indirecto pero mas seguro en la marcha de la criminalidad. O lo que es lo mismo decir: que en las disposiciones legislativas, políticas, económicas, civiles, administrativas y penales, desde los mas grandes institutos hasta el último particular, se dé al organismo social que la actividad humana sea dirigida de un modo continuo é indirecto, por las vías no criminales ofreciendo libre desahogo á las energías y á las necesidades individuales, chocando con ellas lo menos posible y disminuyendo las tentaciones y las ocasiones de delinquir.

Veamos ahora las medidas que Ferri propone para llegar á este resultado:

**EN EL ORDEN ECONÓMICO**—El libre cambio para evitar la carestía y el alza anormal en el precio de los alimentos que tanta influencia ejercen en los delitos contra la propiedad. *La libertad de emigración* que es una válvula de seguridad que libra al país de los elementos más díscolos. *Un sistema tributario*, que grave verdaderas fuentes de riquezas más bien que objetos de primera necesidad y que sea proporcionado realmente á las ganancias del contribuyente, disminuirá los fraudes sistemáticos, é impedirá la fiscalización exagerada y empírica, causa permanente de resistencias á la fuerza pública, de ultrajes etc.

Las obras públicas en las épocas de carestía y en los inviernos crudos procurando trabajo á los indigentes, evitará el aumento de delitos contra la propiedad, las personas y el orden público con tal que no se hagan esperar demasiado. *Los impuestos y otras restricciones sobre la fabricación y venta del alcohol*, son también indispensables, bien conocidas como son las estrechas relaciones entre el alcoholismo y la delincuencia.

*La sustitución de la moneda metálica al papel moneda* disminuirá los delitos de falsificación, así como *las instituciones de crédito populares y agrícolas* disminuirán la usura.

*Los ferrocarriles económicos, los tranvías, el alumbrado de los arrabales, la construcción de casas y vías espaciosas, la buena iluminación nocturna la su-*

*presión de ciertos barrios tortuosos y retirados, disminuyen las asociaciones de malhechores, y previenen mucho mejor que las guardias de la seguridad pública, los hurtos, robos y salteamientos.*

*Las casas baratas para operarios, las sociedades cooperativas y de socorros mútuos, las casas de previsión para la vejez así como para los inválidos del trabajo, la responsabilidad civil de los empresarios y dueños, para garantizar mejor las desgracias del trabajo impedirán mejor que el Código Penal muchos delitos ocasionales contra la propiedad y las personas. Por fin debe establecerse colonias agrícolas para los vagos y mendigos válidos.*

**EN EL ORDEN POLÍTICO**—Procurar en lo posible el acuerdo entre la política del Gobierno y las aspiraciones nacionales; establecer la más completa libertad de opiniones y esmerarse en una buena ley electoral que impida los fraudes contra la libertad de los pueblos.

**EN EL ORDEN CIENTÍFICO**—Alentar el desarrollo de la prensa, el telégrafo, las fotografías antropométricas, así como los progresos de la toxicología. Estimular el estudio y ejercicio de la medicina por las mujeres, para evitar muchos delitos contra las buenas costumbres y la familia y procurar métodos sencillos de contabilidad, para evitar los fraudes favorecidos por los métodos complicados.

**EN EL ORDEN GUBERNAMENTAL**—Una buena legislación testamentaria para cortar los homicidios cometidos para recoger herencia, la facilidad de ser suplido por el juez el consentimiento paterno para el casamiento de los hijos menores de edad; la investigación de la paternidad, la indemnización por las promesas de matrimonio no cumplidas, la obligación de educar los hijos procreados fuera del matrimonio, como antídoto excelente contra el concubinato, los infanticidios, los abortos, abandono de niños, los atentados al pudor las venganzas trágicas cometidas por muchachas seducidas y despreciadas. Una justicia civil rápida y poco dispendiosa disminuirá muchos delitos contra el orden público y la propiedad, así como un sistema pronto y riguroso de indemnización para las víctimas del delito, que debe ser una función social confiada al ministerio público y no una simple acción personal.

La simplificación de la legislación, se impone para cortar una multitud de contravenciones, que con las disposiciones complicadas y numerosas, hacen una presunción metafísica é irónica al axioma jurídico de que nadie puede alegar ignorancia de la ley, así como buenas leyes comerciales sobre la responsabilidad efectiva de los administradores de las sociedades anónimas, sobre el procedimiento en materia de quiebras y de las bolsas de comercio é industria. Los jurados de honor, legalmente reconocidos y favorecidos para entender en las ofensas contra la buena reputación; el notariado bien regulado para evitar falsificaciones y sustituciones de documentos. Los orfanatropios y tornos para impedir los delitos contra los párvulos y por fin impedir que los presos se aglomeren demasiado.

**EN EL ORDEN RELIGIOSO**—Las prohibiciones de las procesiones fuera de las iglesias para evitar desórdenes y riñas; la supresión de los conventos para acabar con un gran número de atentados al pudor y con la mendicidad profesional; la abolición de ciertas peregrinaciones evitaría un gran número de delitos contra las personas y contra el pudor, originados por las orgías que los acompañan y la confusión nocturna de los sexos. El casamiento de los sacerdotes sería una medida eficaz de moralización, acabando con un gran número de concubinatos infanticidio, abortos etc.

EN EL ORDEN FAMILIAR—El divorcio absoluto para disminuir las tragedias ocasionadas por la infidelidad ó la aversión conyugal. La preferencia dada á los casados para ciertos empleos civiles y militares, sería un freno poderoso contra los instintos libidinosos, dando al hombre la grave preocupación de la familia.

EN EL ORDEN EDUCATIVO—El método experimental en la Pedagogía que aplicase las leyes de la Fisiopsicología observando á cada alumno en su tipo físico y moral y en vista de ello, darle los conocimientos más útiles para la disciplina mental de cada uno, haría á los hombres más aptos para la lucha por la existencia disminuyendo el número de los *desclasés* que son candidatos para el crimen. La prohibición de las casas de juego, moralizaría las costumbres como también la supresión de los espectáculos licenciosos y las publicaciones pornográficas.

V

Un escritor de la escuela clásica, Aramburu, ha criticado con vigor la teoría de los *sustitutivos penales*. Ferri no trae una idea original con su soñada teoría, dice este escritor; lo más original que hay en ella es el título y el título es malo porque es impropio: á quien se le hable de *sustitutivos penales* le ocurrirá pensar que se ha ideado algo que reemplace á las penas conocidas, un sucedáneo ó una serie de sucedáneos de las penas y no es eso, lo que se nos ofrece es un conjunto de medios preventivos del delito, y es claro que con ellos no se sustituye la pena, que aparece después del delito.

«Muy discretamente dice Gasófalo, que en vista de la enumeración de Ferri, hay que comenzar por una distinción importante: una ley puede obrar en general sobre la moralidad pública de un país, y de esto puede esperarse mucho, siquiera no se dirija de un modo inmediato y recto á la criminalidad ó puede obrar sobre las particulares contingencias de la vida social, que dan ocasión á un singular delito; en este último caso, ó se procede quitando una prohibición y entonces es corriente que el delito social desaparece, ó se procede creando una prohibición nueva y entonces surgirá el delito especial que se refiere á la trasgresión de ella. Ahora bien, en el plan de Ferri, hay una parte afirmativa, que crea prohibiciones y es incuestionable, que con ello originará motivos de delitos, con la cual si de un lado removemos causas ocasionales, tentaciones ó como quiera llamarse, las levantemos de otro y neutralizamos el efecto».

Además cuando hay que suprimir instituciones es necesario antes examinar los bienes y los males que esa supresión traería. Hay instituciones que dan margen á cierta clase de delincuencia, pero que por otro lado, prestan á la sociedad grandes bienes. Así para hacer desaparecer el contrabando, bastaría que no existiesen leyes aduaneras; si no hubiera matrimonio no habría adúlteros ni bigamos, así como sin papel moneda no habría falsificadores de billetes de Bancos; pero sería absurdo que por miedo á los delitos que comporta, desecháramos las grandes ventajas que ofrecen á la sociedad aquellas instituciones.

«Por otra parte nadie podría asegurar que la delincuencia disminuida en esa forma, no reaparecerá en otra, afectando otra clase de intereses. Esta observación ha de entrañar una significación profunda para los positivistas más que para cualquiera otra escuela. Ellos que ven el delito ligado al organismo y

constituyendo una energía natural persistente, están obligados á desconfiar de esa mejoría aparente, obtenida por un procedimiento empírico, externo y rápido, á la manera que el médico que combate manifestaciones locales de un vicio humoral, con húngüentos y pomadas, que se limitan á curar tales manifestaciones, debe temer si sabe lo que trae entre manos, que la enfermedad se reproduzca en otra región del cuerpo, quizás causando efectos mucho más terribles que los combatidos. El delito brotará en otro sitio, revestirá distinta forma, continuará produciendo una perturbación en el organismo social, y quedará tan solo á fin de cuenta, un saldo en contra, representado por los esfuerzos inútilmente empleados.»

«Otra objeción promueve Garófalo que no es fácil de contestar. Muchos de los sustitutivos enumerados por Ferri caen fuera de la órbita de la acción del Estado: ó damos á esta una amplitud irracional inconvenientísima, ó habremos de encomendar á la iniciativa privada lo que en realidad le pertenece; pero si la iniciativa privada acepta el cometido, si se halla en disposición de llenarle, la criminalidad habrá ya disminuido por que nos encontraremos con una sociedad previsorá y ordenada, y donde hay una gran difusión de estas cualidades, no existirá ya una gran difusión de delincuencia».

No hay necesidad de que se critique uno por uno, los preventivos enunciados por el distinguido escritor italiano. Como es fácil penetrarse todos ó la mayor parte de ellos no son sino añosas máximas de buen gobierno; y ni tampoco está demostrado que muchos de ellos sirvan para evitar delitos y no para producirlos.

En resúmen concluiremos con Garófalo, que las medidas preventivas del delito, deben limitarse á una severa policía y una buena administración de justicia, al desarrollo de la educación y de la moral pública. Fuera de estos casos el Estado no debe controlar minuciosamente el uso de los derechos individuales, por que bajo el pretexto de prevenir crímenes, la ley sometería al ciudadano á la inquisición de todos sus actos, lo que sería una insoportable tiranía.

---

## LECCIÓN XVII

De la represión: generalidades; I Sistema de la proporción penal; Teorías de Carrara; Rossi; Romagnosi.—II Sistema correccional; sistemas penitenciarios.—III Sistemas de la eliminación.—IV Penas: concepto de las penas.—V Cualidades que deben tener las penas.—VI División de las penas.

Después de haber estudiado la eficacia de los medios indirectos de la prevención, debemos pasar al estudio de los medios directos, de que la sociedad hace uso para combatir el delito; esto es de los medios de represión.

La *represión* como consecuencia del delito ha nacido con él y lo ha acompañado forzosamente en todos los pueblos y en todos los tiempos. No podía tampoco suceder de otro modo, desde que la *represión* no es otra cosa que la reacción natural é ineludible del organismo social contra el daño del delito; la forma de la reacción, los procedimientos del juicio criminal han variado de mil modos pero el fondo siempre es el mismo: las sociedades primitivas ó civilizadas siempre han contestado á los ataques criminales que ofendían su regular funcionamiento con medios de represión ó de reparación más ó menos graves pero siempre suficientes según el criterio predominante en la época.

Sobre la necesidad de la represión ninguna escuela, ningún escritor discrepan; no así sobre su objeto sobre su verdadero fin, sobre el resultado práctico que debe perseguirse con los medios represivos. Sobre este punto difieren fundamentalmente las dos escuelas penales más importantes que conocemos: la *clásica* y la *positiva*. La escuela *correccional* que no es sinó una rama de la clásica concuerda con esta en los otros dos extremos fundamentales del Derecho Penal *el delito, el delincuente y la responsabilidad criminal*, pero respecto del fin de la represión se desvía de su principal para adoptar una doctrina muy diferente.

Tenemos por lo tanto que examinar la represión dentro de las tres escuelas que dejamos enunciadas: la *clásica*, la *correccional* y la *positiva*.

### I

Para la escuela clásica ó espiritualista la *represión* no tiene por objeto otra cosa que la compensación del mal causado por el delito con el mal de la pena. El hombre delinque contra sus semejantes, movido por la utilidad ó por el placer; pues bien á estos móviles es necesario contraponer otros motivos de dolor y de interés tan poderosos como los primeros, para que en la inteligencia humana se contrapesen con aquellos. Con la amenaza de un mal efectivo y con la aplicación de este mal llegado el caso, el hombre paga su culpa, sirve de ejemplo y se le quita el deseo de cometer nuevos crímenes.

Bajo de tales conceptos la escuela espiritualista, ha resuelto el problema de la represión, formando dos escalas graduales, una de los delitos y otra de las penas y haciendo coincidir el grado más alto y el más bajo de las penas con el grado más alto y el más bajo de los delitos. Este es el sistema llamado de la proporción penal.

El principio fundamental de esta doctrina es que la cantidad de la pena, debe estar en proporción directa del mal del delito.

La teoría indicada en términos generales parece ser muy sencilla; sin embargo no la es tanta, porque no hay entre los escritores clásicos uniformidad sobre los elementos que se han de tomar para avaluar la cantidad del mal proveniente de los delitos. Así algunos autores toman para ello como criterio el daño; otros la alarma causada por el acto delictuoso, otros la importancia del deber violado etc. y así han llegado á resultados también desemejantes.

Espondremos las principales teorías que se han ofrecido dentro del gran sistema de la proporción penal.

*Teoría de Carrara* - Para exponer la teoría de Carrara es menester arrancar de lo que él llama *fuerzas del delito*. Son dos las fuerzas que originan los delitos: la *fuerza moral* y la *fuerza física*. Por la reunión y choque de estas dos fuerzas con la ley se produce el delito.

La fuerza moral del delito, como la fuerza física, se puede considerar en sus causas, ó sea *subjetivamente*, ó en sus resultados, ó sea *objetivamente*.

La *fuerza moral subjetiva* se compone de todos los momentos que constituyen el *acto interior*, desde la primera percepción de la idea, hasta la última determinación volitiva; ó en otros términos, es el designio, la intención ó el ánimo, según como quiera llamarse, en fin, todo aquello que pasa en la mente del individuo ó que precede al delito.

La *fuerza moral objetiva* está en el temor y en el mal ejemplo que el delito produce en la sociedad, ó en otros términos, el *daño moral* del delito.

La *fuerza física subjetiva* del delito consiste en el movimiento corpóreo, por el cual el agente ejecuta su acción malévol; por eso se le llama también *fuerza externa* ó *fuerza pasiva*. La *fuerza física objetiva* consiste en la violación del derecho atacado, ó lo que es lo mismo, el *daño material* del delito. Este daño puede ser de dos especies: *efectivo* cuando consiste en la pérdida *real* del bien atacado; y *potencial*, cuando si bien el daño no se ha producido real y completamente, hay en el resultado del acto externo la posibilidad de que se produzca. Así por ejemplo: un delincuente quiere cometer un homicidio, y efectivamente mata á la persona que ataca, violando entónces el derecho á la vida en toda su integridad; este es el daño efectivo; pero supongamos que su intento haya fracasado por cualquier accidente, entonces como solamente hubo posibilidad para ejecutarlo, el daño es *potencial*. Otro ejemplo: un calumniador quiere disminuir la reputación de una persona, pero por las condiciones personales del calumniado ó por cualquiera otra circunstancia, nadie cree en la verdad de lo que ha dicho: sin embargo, es posible que alguien lo creyese y recién entonces se producirá el daño efectivo, pero antes no hubo sino la *potencialidad* de Carrara.

Distingue del daño, el *peligro* y este á su vez lo divide en dos especies: *peligro corrido* y *peligro temido*.

El *peligro corrido*, resulta de una situación de hecho, que en un momento dado hace inminente la violación del derecho; así cuando, en tal momento, alguien descerraja un arma de fuego contra una ó varias personas, sin herir á



nadie, entonces ha habido peligro corrido. Este peligro se presenta generalmente en la tentativa. Si no hay situación de hecho, que haga inminente la violación del derecho, y solo existe por ejemplo la perversidad, la enemistad u otra causa análoga, entonces habrá *peligro temido* simplemente.

Una vez examinadas en general estas condiciones, que debe reunir un hecho, para que la autoridad social pueda incriminarlo, es necesario según Carrara, establecer las reglas respecto de la manera como deben imputarse los delitos; y cree que debe hacerse la imputación en proporción exacta, de *su calidad*, de *su cantidad* y de *su grado*.

Que es la *calidad* de un delito? No es otra cosa según Carrara que el medio por el cual se distinguen y clasifican. Se comprende que para hacer esa clasificación es preciso fundarse en algunos elementos no susceptibles de variación; hay que basarse en lo que está en la sustancia misma del delito y no en circunstancias accidentales y por tanto, es necesario investigar, para clasificar con corrección, que es lo esencial en él. Carrara considerando siempre al delito como la violación de un derecho, deduce que el criterio mas natural para definir bien la calidad de los delitos y para clasificarlos exactamente, es el que saca de la diversidad de los derechos violados. Abandonando pues las distintas situaciones de hecho, que pueden presentar los delitos, hace su clasificación tomando en cuenta los derechos constituidos en favor de la comunidad y en favor de la persona. De ahí su primera división de los delitos en: *ofensas á la seguridad pública* y en *ofensas á la seguridad privada*, con subdivisiones que corresponden á los distintos bienes que pueden ser lesionados por los individuos.

Con la clasificación de los delitos, se distingue entre una especie y otra; pero esto no basta, porque como los delitos presentan una *cantidad* diferente, es necesario por virtud de este elemento aplicarles un criterio de imputabilidad también diferente.

Ahora bien para apreciar la *cantidad* del delito ¿qué elemento ha de tomarse como criterio? El único aceptable según Carrara es el *daño*.

El *daño* se divide según este autor en *mediato é inmediato*. El *daño inmediato* es la fuerza objetiva física del delito, es decir, el que este produce directamente y que consiste en la privación del derecho atacado por el delincuente. El *daño mediato* es la fuerza objetiva moral ó sea el alarma y mal ejemplo que produce en los demás la comisión de los delitos. En efecto, cuando se ha cometido un delito toda la gente siente más ó menos que la seguridad social ha disminuido y que el freno de la ley no ha sido bastante para contener al criminal, daño que reviste un carácter distinto del anterior porque afecta á toda la comunidad; la sociedad sufre y sufre tanto más, cuanto mayor es la intensidad del daño inmediato y la perversidad que ha demostrado el autor del delito.

Para medir la *cantidad* de los delitos, es preciso entonces considerar el *daño*, y en primer término el *daño inmediato*, el que nos dice cuál es el derecho violado y establece al mismo tiempo el medio de clasificación; y según se adjudique mayor ó menor importancia al derecho violado, también es mayor ó menor la importancia del delito cometido. Pero si resulta que en dos delitos cometidos, el *daño inmediato* ó *directo* es igual, este elemento no podría servir para medir la *cantidad* del delito; entonces hay que recurrir, como elemento accidental, al *daño mediato*, es decir, á la mayor ó menor alarma, que haya producido el delito, al mayor ó menor ataque á la seguridad que

haya podido haber y el mal ejemplo más ó menos grande, pero siempre pernicioso, que puede haber ofrecido el delincuente con la ejecución del delito.

De lo que precede resulta que la *cantidad* del delito se mide como dice Carrara, según el criterio combinado de la *fuerza física* y de la *fuerza moral* consideradas ambas en sus resultados ó sea *objetivamente*.

Una vez hecha la clasificación de los delitos y calculada además, su mayor ó menor cantidad por la apreciación de los daños, podría, quién fuese á imponer penas con solo estos dos elementos, equivocarse en la apreciación de los delitos; porque en delitos de igual cantidad, y calidad puede acontecer que el *grado*, no se presente íntegro.

El *grado* es el criterio combinado de la fuerza física y de la fuerza moral del delito consideradas principalmente en sus *elementos*: es decir *subjetivamente*; ó en otra forma para conocer si el grado se presenta íntegro, es necesario investigar si se encuentran reunidos todos los elementos, tanto *físicos* como *morales*. En efecto podría suceder, que en una acción faltara alguno de los elementos de hecho necesarios para que aquella se presente íntegra; por ejemplo si se hubiera querido matar y solo se ha lesionado; se presentaría entonces el delito degradado, aminorado imperfecto desde el punto de vista material. De la misma manera, considerado el otro elemento la fuerza del delito por el lado moral, puede acontecer que la voluntad no se presente íntegra, que no haya toda la intención y todo el conocimiento que debe tenerse para que el delito sea perfecto; entonces éste se presentaría degradado por el lado moral; como si el individuo no cometió el delito con voluntad criminal ó no estuvo en la plenitud de sus facultades.

De manera que consideradas la cantidad y la calidad del delito, sería preciso también tomar en cuenta el *grado*; y según que este se presente íntegro ó no, habrá mas ó menos responsabilidad.

Si se fija bien, el punto capital de esta doctrina, su rasgo característico es el relativo á la cantidad ó sea el daño producido por el delito.

Se ha criticado esta teoría diciendo: que el daño, sea mediato ó inmediato, no puede ser criterio de la gravedad relativa de los delitos, porque es imposible establecer una medida de comparación entre hechos tan heterogéneos; porque nadie puede decirnos con fijeza cual es el mal mas terrible el que se siente con más fuerza, de consecuencias más graves entre el dolor producido por ejemplo, materialmente por una lesión y el producido moralmente por una calumnia -y porque el escándalo ó mal ejemplo es otro hecho espuesto á las contingencias del tiempo, lugar y otras mil circunstancias.

*Teoría de Rossi*—Este autor introdujo en el sistema de la proporción penal un elemento nuevo: la *importancia del deber violado*.

Según Rossi el criterio para medir la importancia de los delitos debe considerar tres especies de males: 1º el *mal material* que corresponde al daño inmediato de Carrara. 2º el *mal mixto* que equivale al daño mediato; y 3º el *mal moral* ó sea la importancia del deber violado.

Para este escritor los delitos deben medirse pues según la importancia del deber violado. ¿Pero cual es la regla para medir esta importancia? Cree que el criterio para medirla, es el sentido moral, el cual se revela por medio de la *conciencia universal*.

Carrara le observa que se puede encontrar un criterio moral constante, para decir que ciertas acciones son malas, pero que no existe uno universal y constante para poder decir que una acción es más mala qué otra. En efecto

las diferentes especies de deberes son apreciados de muy distinta manera según los individuos y las clases sociales. Sin duda la conciencia pública no vacilará en declarar, que el abuso de autoridad, el robo, el estupro, la estafa etc. son delitos, pero permanecerá muda si se le interroga la inmoralidad intrínseca de cada uno de estos actos. El mismo autor confiesa que con su teoría el problema todavía no estaba resuelto.

*Teoría de Romagnosi*—Una tercera teoría dentro del vasto sistema de la *proporción penal*, es el sistema de la *contra impulsión*, seguido por Romagnosi y Fierbach.

Según estos autores al *impulso* que lleva al delincuente á cometer un delito, debe oponerse el impulso de la pena ó más propiamente una *contra impulsión*. De modo que cuanto mayor sea la impulsión para delinquir tanto mayor debería ser la contra impulsión de la pena á fin de que ella fuese eficaz.

A juicio de ellos el impulso para cometer el delito depende de tres motivos; 1º la mayor ó menor *ventaja* que del delito pudiera obtener el delincuente; 2º la facilidad para ejecutar la acción criminal; 3º la esperanza de la impunidad. De manera que á medida que sea mayor la fuerza de cualquiera de estos tres elementos, será más considerable también la impulsión del delito y de consiguiente debía aumentar la contra impulsión. La pena debe contener al delincuente y también á los que pudieran imitarlo, aproximándose en este á la *represión general* de Bentham.

Carrara al exponer su doctrina ha combatido la teoría de Romagnosi. Observa que para obtener la medida del hecho criminal, consideraba más la causa que el efecto, más lo que estaba en el ánimo del delincuente, que lo que le encontraba en el hecho mismo.

Por otra parte hace notar Carrara, que yendo á las aplicaciones prácticas de esta teoría, se llegaría á consecuencias absurdas. En efecto resultaría que los delitos considerados universalmente menos graves, deberían reprimirse con más rigor, porque en ellos vendrían á reunirse los impulsos más considerables. Tómese, por ejemplo, un hurto y un homicidio; en el hurto hay una esperanza, mayor de impunidad, mayor utilidad y más facilidad para cometerlo; de consiguiente el hurto debería reprimirse con más severidad que el homicidio porque debería desarrollarse contra él una contraimpulsión más extensa.

Aún tomando delitos de la misma especie se llegaría á resultados idénticos. Supóngase un individuo que delinque por causas apremiantes y otro que lo hace por dar satisfacción á sus deseos libertinos. En la mayor parte de los casos existirá mayor impulsión en el que es compelido por circunstancias apremiantes y por consiguiente debe penársele con mayor severidad, lo que no puede sostenerse ante la ley ni la justicia. Para evitar las absurdas consecuencias apuntadas, algunos autores han introducido en la doctrina de Romagnosi un nuevo elemento: la *audacia* y así se ha dicho que á mayor audacia debería corresponder mayor severidad en la pena; pero como observa Carrara, este elemento en lugar de completar la doctrina, la desnaturaliza y la destruye totalmente. En efecto, á una esperanza mayor de impunidad y mayor facilidad de ejecución no puede corresponder mayor audacia; y al contrario quien tiene grandes esperanzas de que su delito quede impune y mucha facilidad para cometerlo, no tiene para que poner en juego mucha audacia.

Garófalo sostiene que esta teoría no es otra que la de la *intimidación*, la cual convierte al individuo culpable en un instrumento puesto en manos de la sociedad para servirse de él como de un ejemplo aterrador.



Además Garófalo sostiene que una impulsión dada no puede caracterizar la gravedad del delito ni el peligro social que ofrece el delincuente, porque la vivacidad de la impulsión ha podido ser efecto de circunstancias excepcionales que no volverán á reproducir; en cuyo caso se castigará al delincuente, no por el peligro que *él mismo* ofrece sino por el que ofrecerían los demás que no han sido suficientemente atemorizados por el castigo. y vice versa: el que una impulsión criminal haya sido débil no es razón para que en el mismo sujeto no puede ser más violenta una segunda vez; la misma debilidad de la reacción podría envalentonarlo; en cuyo caso la contraimpulsión sería deficiente como fué excesiva en el primero; no se castigaría al delincuente por lo que puede ó es capaz de hacer, sino por lo que los demás estimulados por su ejemplo podrían hacer en su lugar. Lo que hay que medir según Garófalo, no es la fuerza de la *impulsión ó deseo criminal*, sino más bien la fuerza de resistencia contra esa impulsión; esto es el *sentido moral* del delincuente.

Como se vé, aisladamente ninguno de los sistemas de la proporción penal satisface plenamente los deseos de la ciencia Penal, porque son deficientes ó contradictorios

## II

### SISTEMA CORRECCIONAL

Para la escuela correccional, la represión no debe tener otro objeto, que la enmienda del delincuente. El Estado está en la obligación de perseguir este fin, con el propósito, de que los miembros que han resultado perjudiciales á la sociedad, sean convertidos por medio de una disciplina conveniente en miembros útiles y laboriosos.

La escuela correccional busca sobre todo la regeneración del culpable por medio de una dirección conveniente de su voluntad desordenada, para que vuelva á ordenarse por sí misma. «La represión, dice Roeder fundador de esta escuela, no debe ser sinó el medio racionalmente necesario, para ayudar á la voluntad del ciudadano determinada injustamente á ordenarse por sí misma; porque y en cuanto la desarmonía que nace de ese desorden, perturba la armonía de todo el organismo social del Estado».

Se basa la escuela correccional en la hipótesis de que todo delincuente por perverso que sea, es siempre reformable, si se le impone una disciplina penal adecuada; que los malos hábitos más empedernidos, puede sustituirse por otros más conformes con reglas sociales.

Cómo debe operarse esta enmienda? Se ha resuelto definitivamente que se emplee para este efecto, un sistema en que la reclusión, el trabajo y la educación se combinen armónicamente; en un sistema que Despina ha denominado *trabajo educativo de las prisiones*. Este régimen se llama *penitenciario*.

Se conocen tres sistemas principales de sistemas penitenciarios, fuera de algunos otros, que no son sinó soluciones intermedias y que por tanto no merecen mayor atención.

El primer sistema es el *celular*. En el se destina al delincuente á vivir en una celda donde pasa la noche y el día. El completo aislamiento en que vive solo es interrumpido por la vista de los guardianes, empleados y parientes, visitas que se hacen por muy breves instantes, según se determina en los reglamentos.

El día del penado se divide en ocho horas y fracción para el reposo, tres cuartos de hora dedicados á la limpieza, dos horas á la alimentación, una de recreo y el resto dedicado al trabajo y la instrucción. El trabajo y todos los demás actos de los penados, se ejecutan en la celda. Este sistema ha sido seguido en Bélgica donde ha sido muy recomendado por sus resultados.

En su favor se alega, que el aislamiento produce en el delincuente una rápida regeneración moral, por medio del arrepentimiento. «El criminal á solas con su conciencia, con la enormidad del crimen por delante, realizada por la imaginación y por negras visiones, puesto el pensamiento en Dios y alentado por la palabra consoladora de los suyos, encuentra en la estrecha celda de su prisión la enmienda que le inspirará el remordimiento, primer paso dado en la senda del bien. La reforma se completará por medio del trabajo y la instrucción, preparando al criminal para volver al seno de la sociedad en mejores condiciones, de modo á ser para ella un elemento útil y no un miembro perturbador.

Contra el sistema, *celular* establecido al principio con todo su rigor, se ha protestado enérgicamente, diciéndose de él que era atentatorio á la naturaleza humana, porque el aislamiento completo era para el hombre un suplicio más atroz que la muerte misma. El penado era un enterrado en vida, y sino atentaba contra su existencia, enloquecía, rabiaba ó se entregaba á la desesperación y á la melancolía.

Para obviar estos inconvenientes se ha modificado el sistema ó cambiado mejor dicho, por otro llamado *pensilvánico* ó *de Auburn*.

Consiste este en la imposición de la celda, en la mayor parte de los actos que realiza el penado, interrumpida solo por el trabajo que se ejecuta en común pero bajo la obligación del silencio.

No hay pues entre este régimen y el *celular* otra diferencia que realizar el trabajo en común. En cuanto á la obligación del silencio que debe observarse hasta en el momento del trabajo, se ha dicho que lejos de ser un bien es un inconveniente; porque, ó se les obliga á guardarlo severamente y entonces es una opresión inútil, ó lo violan y entonces es letra muerta en los Reglamentos. Que la imposición del silencio es un mito, lo atestiguan las afirmaciones de todos los directores, médicos é inspectores de cárceles.

Otro sistema penitenciario es el régimen *progresivo* ó *irlandés*, que partiendo de la reclusión celular lleva al criminal por diferentes grados ó estados hasta llegar á la libertad condicional.

Los distintos períodos son: en primer lugar la celda por un tiempo que varía de nueve meses á dos años; luego viene el período del trabajo en común, imponiéndose la celda durante la noche y algunos otros instantes.

Los progresos del penado en su conducta se marcan por puntos. Pasa después el penado al período llamado de la prisión intermedia, que son especies de colonias agrícolas é industriales donde el régimen es menos severo, donde los guardianes escasean, y reciben los presos un salario, trabajando en destacamentos de diez hasta cincuenta.

Por fin, cuando el penado ha pasado todos estos grados con buena conducta y ha cumplido más de la mitad de su condena, obtiene un boleto de libertad condicional, revocable por mala conducta ó haraganería, en cuyo caso se le vuelve á someter al aprendizaje ya expresado.

A la salida de la cárcel los condenados son recomendados á las sociedades de patronato y no se les impone otra obligación que la de presentarse una vez al mes á la Policía justificando que trabaja y lleva una vida arreglada.

De los sistemas penitenciarios que hemos visto el más recomendable bajo el punto de vista teórico y práctico, es el último. En él se trata de imitar la vida social; el delincuente tiene estímulos para la enmienda puesto que solo de su buena comportación depende el ir pasando á situaciones ó condiciones cada vez mejores. Gradualmente el delincuente va adelantando, para volver definitivamente á la sociedad cuando se vea que ya no ofrece ningún peligro.

Los resultados de este sistema, según los ingleses que lo han seguido, no pueden ser mas halagüeños y mas fecundos. Según las estadísticas de Inglaterra y sobre todo de Irlanda, con el sistema progresivo la reincidencia disminuyó rápidamente, hasta haber quedado reducido en poco tiempo al cincuenta por ciento.

La mayor parte de las legislaciones modernas han seguido como sistema de represión, el sistema correccional adoptando uno ú otro régimen penitenciario de los que hemos enumerado. Pero han incurrido en un error, que es muy combatido por los escritores de la escuela positiva y es la fijación del término de las penas. Si se consideran dice que por este sistema, ha de operarse una cura moral del criminal, es imposible determinar de antemano, cuanto tiempo necesitará para que ella se realice, en razón de la infinita variedad de tipos y caracteres que pueden presentar los delinquentes. La indeterminación de la pena debe ser una condición esencial del régimen penitenciario, dejándose su fijación á la dirección del Establecimiento, para que obre de acuerdo con la conducta observada y la reforma operada en el delincuente. Algunas legislaciones como la alemana y la holandesa, han dado ya los primeros pasos en este camino, fijando únicamente el máximun de las penas, sin establecer el mínimun.

Este sistema correccional no obstante de haber sido adoptado por la legislación de todos los países civilizados ¿resuelve el problema de la penalidad? No seguramente; y á pesar del tesón con que se estudian los sistemas carcelarios, á pesar de existir en Europa un congreso que se reúnen periódicamente para tratar estas cuestiones, no se puede afirmar que el sistema penitenciario sea el desideratum de la penalidad, dado que existe la duda vehemente, sino la seguridad de que hay muchos criminales no susceptibles de reforma. Efectivamente las observaciones de muchos antropólogos, directores de cárceles y médicos legales, están contestes en que hay hombres para quienes, el trabajo, la instrucción, la educación moral ó religiosa, el aislamiento, los buenos ejemplos, ninguna fuerza humana en fin, son capaces de desviarlos de sus perversas inclinaciones: de lo cual se desprende la impotencia del sistema correccional precisamente para los más tremendos criminales.

### III

#### SISTEMA DE LA ELIMINACIÓN

Para la escuela positiva el objeto de la represión es y debe ser única y exclusivamente la *eliminación* del delincuente. Garófalo es entre los escritores positivistas el que con mayor lucidez ha desarrollado esta teoría, por lo cual seguiremos estrictamente á este escritor en la exposición de esta doctrina.

Es una ley natural según él que todo organismo reacciona contra cualquier violación de las leyes que gobiernan su funcionamiento natural; y toda asociación se conduce de la misma manera.



Supongamos dice, que un individuo presentado en una buena familia, manifiesta tener vicios de educación, incompatibles con los hábitos de las personas que lo han recibido. ¿Cuál será la conducta natural de esta familia? No invitarlo por segunda vez y no recibirlo si se presenta de nuevo.

Con algo mas de estrépito será expulsado de un *Club*, un miembro del mismo si desconoce los deberes de la cortesía. Un funcionario público, será destituido si se hace indigno del cargo que se le ha confiado.

Puede decirse entonces que en general, cuando un hombre ha incurrido en la violación de las reglas de conducta que se consideran como esenciales á su funcionamiento, en la reprobación de la clase de la orden ó de la asociación á que pertenece, la reacción se manifiesta de una manera idéntica: la expulsión del indigno. La reacción consistirá por consiguiente en todos los casos, *en la exclusión del miembro cuya adaptación á las condiciones del medio ambiente se ha manifestado ser imposible.*

Y bastará para que la reacción se produzca, que la inadaptabilidad se manifieste por *un solo hecho*, porque es suficiente haber visto que en un solo caso, un individuo no se ha portado como debía hacerlo, según un principio fundamental de conveniencia ó de moral, para inferir que coloca, tanto la una como la otra, muy por debajo del placer ó del provecho egoísta.

Si ahora colocamos en el lugar de una ofensa hecha á los sentimientos de un pequeño número una de esas ofensas que hieren el sentido moral medio de la sociedad entera, encontraremos que la reacción no puede lógicamente tener lugar, sino de una manera análoga, es decir, por la *exclusión del círculo social.*

De la propia manera que una buena familia ha expulsado al hombre grosero, tan pronto como se ha dado á conocer por un gesto ó una palabra, de la misma suerte que una agregación más extensa ha expulsado al hombre poco delicado ó poco escrupuloso, del mismo modo la sociedad entera arrojará lejos de sí al hombre delincuente que con una sola acción ha revelado su falta de adaptación á la vida social.

Por este procedimiento se producirá artificialmente en la sociedad una selección análoga á la que se produce espontáneamente en el orden biológico, por la muerte de los individuos no asimilables á las condiciones particulares del medio ambiente en el que han sido transportados.

La exclusión del círculo social puede ser *completa ó parcial.* La exclusión parcial puede presentar diversas formas. Según los caracteres ó rasgos típicos del criminal, se adoptará el medio de exclusión más adecuado procurando conciliarse en lo posible la defensa social con el respeto y consideración que merece la naturaleza humana. Es necesario tener siempre presente, que no puede imponerse un mal á un individuo, sino en tanto que ese mal es necesario por el peligro social, que este mismo individuo ofrece.

En la comisión de los delitos lo que salta á primera vista es la inhabilidad ó falta de aptitud del delincuente para amoldarse á las condiciones del medio social. En consecuencia la reacción que la sociedad debe oponer, debe ser en proporción á la falta de aptitud para ajustarse á las exigencias de la sociedad.

Los diferentes criterios adoptados por las otras escuelas, al tratar de determinar la importancia de los delitos y el *quantum* de la represión necesaria, son sustituidos por este otro criterio: *la idoneidad del culpable para la vida social.* Ahora bien ¿cual es el medio para determinar este grado de idoneidad ó de sociabilidad que le quede á un delincuente?

Para resolver este problema es necesario recordar las distinciones que se han hecho entre los criminales; tener presente los diferentes grupos en que se han repartido y referir á uno ó á otro el delincuente de que se trate. No debe excluirse de esta investigación, las circunstancias del delito llamadas *objetivas* es decir aquellas que según las leyes existentes hacen á un delito más ó menos grave, como son por ejemplo las que sirven para caracterizar ciertos delitos v. g. el robo, debiendo elegirse entre estas circunstancias las que sean un verdadero indicio de perversidad. No deben por último descuidarse en cada caso la edad, familia, educación y amistades del delincuente, su método de vida y hábitos peculiares, para poderse apreciar si tal ó cual medio de eliminación será suficiente ó nó.

Adoptando el criterio de la falta de idoneidad ó *temibilidad* del delincuente como medida de represión, tendremos lo siguiente:

Para los criminales natos ó instintivos, aquellos completamente desprovistos del sentimiento de piedad, (sentimiento que es congénito y natural en el hombre normal de las razas superiores), desposeídos de la simpatía que liga á la especie humana, que representan una especie de monstruosidad psíquica, no hay otro remedio que la *eliminación* total del criminal. La eliminación completa del *individuo no asimilable* se impone, cuando el hombre, ser sociable por su naturaleza presenta una *anomalía psíquica permanente* que le hace *por siempre incapaz* de adaptarse á la vida social.

Pero una dificultad se presenta cuando se piensa en la manera de llevar á efecto esta exclusión de la *sociedad*. Es facilísimo colocar á un individuo fuera de un círculo determinado de personas, pero ya no es tan fácil, encontrar un medio para privar á un hombre de la vida social.

En el mundo antiguo en que cada país solo se preocupaba de su propia existencia, podría recurrirse á la muerte ó al destierro. Esta segunda forma, que por lo demás no podría ponerse en práctica por la resistencia recíproca de los Estados, sería hoy una reacción insuficiente. Los sentimientos de piedad y de probidad, que se limitaban en un principio á la familia, y que se extendieron después á la tribu y al pueblo, abrazan actualmente á toda la especie humana. La idea del delito no es ya la de una ofensa á los sentimientos *nacionales*, sino que hoy es una violación de los sentimientos *humanos*. Por tanto para que la reacción sea suficiente, debe privar al culpable, no solo de su patria sino de la posibilidad de toda *vida social*.

Se ha pretendido que la deportación que no es más que una especie de destierro sería equivalente á la pena de muerte, en lo que respecto á la privación completa de su vida social. Pero esto se conseguiría solamente en el caso en que el condenado fuese transportado á un lugar completamente desierto. Más la soledad absoluta es incompatible con la vida del hombre. Los Robinsones concluyen siempre por encontrar seres humanos. No es posible imaginar que haya en la Oceanía una isla por delante de la cual no puede pasar un buque. Otra equivalente de la muerte se ha querido que fuese la *reclusión perpetua*; pero esta deja al delincuente la posibilidad de la fuga ó del perdón. *No hay por consiguiente otro medio de eliminación absoluta y completa, más que la muerte.*

Por consiguiente no hay otro medio más que la pena de muerte, que aplicar á los grandes criminales, á los degenerados, á los instintivos, á los considerados absolutamente inadaptables al medio social, salvo los casos de comprobada locura intelectual, en cuyos casos habrá que encerrar al agente en un

asilos para los alienados criminales, del cual no podrá salir, sino cuando exista completa seguridad de que está curado.

Para los malhechores de la categoría inmediata, es decir aquellos cuya anomalía psíquica no es incurable, es decir que no son monstruos morales, la conciencia universal repugna que se les aplique la pena de muerte. Estos delincuentes serían los que sin ser completamente desprovistos de sentido moral, se caracterizan por una medida insuficiente del sentimiento de piedad ó la falta del sentimiento de probidad. El medio de eliminación de estos criminales, cree Garófalo, que debe ser la *deportación*, cuando una nación posee colonias, tierras todavía despobladas, donde la actividad malhechora no proporcionaría utilidad alguna y donde la conservación de la existencia sería continuamente el aguijón del trabajo. Por consiguiente por medio de la deportación hay que eliminar á los ladrones de profesión y otros delincuentes habituales. La adaptación á la vida social de estos seres solo será posible en condiciones de existencia completamente nuevas.

Para la categoría de criminales que no teniendo repugnancia á las acciones crueles no las comete sino bajo el influjo del medio social que les rodea, como sucede con los autores de delitos que tienen carácter *endémico* la eliminación debe hallarse limitada por las circunstancias de tiempo y de lugar. La *relegación* en una isla ó en una colonia, donde sea posible conciliar la libertad de movimientos del condenado con la vigilancia que le impida evadirse, es la forma preferible, porque aparte de que aleja al delincuente del medio deletéreo en que ha delinquido, no destruye su actividad, ni le degrada como la prisión. La duración de esta pena no debe ser fijada de antemano, sino que debe depender de diferentes circunstancias, entre las que se cuentan como principales el sexo y la edad.

Respecto de los delincuentes muy jóvenes que todavía pueden ser reintegrados á la vida honrada, la eliminación debe ser siempre relativa por ejemplo en colonias agrícolas.

Hay casos en que la expulsión debe limitarse á la situación social del delincuente, como la interdicción perpétua de la profesión ó del oficio que ejerza y de cuyo ejercicio se ha hecho indigno, ó la privación de los derechos civiles ó políticos de que haya abusado.

Ahora, descendiendo siempre en los hechos que constituyen la criminalidad, se llega á una clase de delincuentes, cuya anomalía moral es difícil de caracterizar, en la que el delito se debe á un encadenamiento de circunstancias verdaderamente excepcionales; á una situación que probablemente no se repetirá en lo sucesivo. A estos delincuentes, opina Garófalo que no debe imponérseles otra pena que la *reparación*, en la que distingue dos partes: la indemnización á las víctimas del delito y otra que corresponde pagar al Estado por los gastos de policía y justicia. Y si no tiene como si es insolvente, se le hace trabajar en beneficio de esta reparación.

Así tratándose de un empleado que ha observado una conducta regular en toda su vida de tal y que presentándosele la ocasión de cometer un abuso de confianza lo realiza, si bien no puede ya equilarse al hombre honrado, aplicársele la prisión no presentaría inconveniencias para la sociedad ni para el individuo. Más correcto sería imponerle el peso de la indemnización plena del mal causado, de manera que le resulte nulo el provecho que esperaba de su delito y al contrario una merma considerable en su reputación y hasta en su propio peculio.

Por lo dicho se advertirá que la detención temporal por un periodo fijo de antemano, que es la pena típica de nuestra legislación actual, ha desaparecido

completamente del sistema penal que Garófalo propone. Sin embargo hay algunos delitos dice él que requieren esa pena v. gr. la fabricación de moneda falsa ó la falsificación de papel moneda. Para destruir esta industria criminal, no basta la relegación, ni tampoco es suficiente el constreñimiento á la indemnización, porque los criminales de esta clase están siempre asociados y tienen capital bastante para pagar inmediatamente dicha indemnización y volver de nuevo á comenzar sus hazañas. Hay pues necesidad de aprisionar á los monederos falsos, privarles de su libertad, durante todo el tiempo necesario, para que se pueda suponer que en la sociedad ya no existe.

Criticando este sistema dice Aramburu: «No pretenderá Garófalo recomendar su sistema por su sencillez y economía: después del cadalso y del verdugo, requiere prisiones celulares para el aislamiento perpétuo, manicomios comunes y criminales, cárceles ordinarias, islas ó colonias desiertas ó incultas, con todos los medios auxiliares correspondientes á su destino, casas de corrección para niños y jóvenes, compañías de trabajo debidamente organizadas etc. y un personal muy numeroso y peritísimo que empieza por ser necesario en el primer momento para la clasificación de los delincuentes y sigue siendo distribuido en sendas categorías, para regimentar y hacer eficaces cada una de las instituciones penales... y agrega, insinuar siquiera que la coersión personal al trabajo el fruto de la labor forzada ha de subvenir á la reparación de todos los daños y de todos los gastos es el colmo de la candidez.»

Por lo que dejamos espuesto se vé que aún no está definitivamente resuelto el problema del inmediato fin de la represión. Ninguno de los sistemas enunciados, que son los que en el campo de la ciencia se disputan la posesión de la, satisface plenamente las exigencias de la ciencia penal.

Todos concuerdan sobre el fondo del asunto, esto es, sobre que la sociedad castiga con el fin de conservar su existencia pero, sobre cómo ha de procederse para que este objetivo sea una bella realidad se mantiene la discusión en la forma y manera que hemos visto en esta lección.

A juzgar por las leyes positivas el sistema más en boga es el correccional. puesto que en todos los pueblos civilizados se ha adoptado en más ó menos extensión el régimen penitenciario. Con todo no ocultaremos nuestra preferencia por el sistema de la eliminación siempre que sea posible su establecimiento en el país.

#### IV

El instrumento de la represión es la *pena*. Esta es el medio de que se vale el poder social para reprimir los delitos.

La pena ha nacido con el delito en los primeros albores de la humanidad y lo ha venido siguiendo hasta el presente.

El célebre positivista francés Littré dice que la palabra *pena*, viene de la latina *poena*, que á su vez proviene de la griega *penan*, la que significa compensación por ofensa. Lombroso yendo mas léjos, encuentra que la palabra griega, tiene su antecedente en la voz sanscrita *koena* que quiere decir *multar*.

La palabra pena según Carrara encierra tres distintas significaciones 1ª En sentido *general* espresa cualquier dolor ó cualquier mal que cause dolor 2ª En sentido *especial*, designa un mal que se sufre por razón de un hecho nuestro malvado ó imprudente (y aquí se comprenden todas las penas naturales) y 3ª

En sentido *especialísimo* indica aquel mal que la autoridad civil impone á un culpable por causa de su delito. La significación propia y pertinente á nuestro estudio es la que encierra el último sentido.

Muchísimas definiciones se han dado de la *pena*. Mencionaremos algunas por vía de erudición.

Es la pena medicina del alma, decía Platon.—Lesio quæ punit é vindicat quod quisque comisit (San Agustín).—Obstáculos políticos contra el delito (Beccaria).—El mal impuesto por el poder social al autor de un delito y por razón de este delito (Ortolan).—El mal de cualquiera clase impuesto por los poderes del Estado á los que han delinquido quebrantando sus leyes (Pacheco).—Aquel mal que en conformidad con la ley del Estado se impone por los magistrados á aquellos que con las debidas formalidades son reconocidos como culpables de un delito (Carrara).—El mal impuesto al culpable en razón del mal que ha hecho, ó el sufrimiento impuesto al autor de una acción ilícita porque ha violado un deber (Haus).—El acto de la sociedad que en nombre del derecho violado sujeta al delincuente á un sufrimiento como medio indispensable para la reafirmación del derecho (Pessina).—El conjunto de condiciones exteriores y coactivas, prestadas por el Estado, para que el derecho que por él ha de hacerse efectivo sea restaurado cuando se perturbe por el delito (Silvela).

Prescindiendo de criticar y comparar estas definiciones, es indudable que estas varias espresiones de filósofos, teólogos y juristas descansan sobre un fondo común suministrado por la moral y abonado por la justicia: la necesidad imprescindible de la contraposición de la fuerza del Estado, á la fuerza del individuo cuando saliendo este de su esfera jurídica, invade la agena, violando las leyes más necesarias para la conservación del orden social. El individuo sujeto activo del delito, llega á ser sujeto pasivo de la pena, en nombre de la armonía social, del equilibrio jurídico que el Estado está obligado á mantener.

La pena que la sociedad impone es en todos los casos un mal efectivo, real y verdadero, pudiendo servir de materia en que causarlo, la existencia, la libertad, la hacienda, el honor y por fin todos los bienes y derechos, de que por su nacimiento ó por la ley, gozan los hombres.

Esto no quiere decir que el legislador ha de echar mano como castigo del primer medio que encuentre á su alcance. También en el mal y su aplicación dice Pacheco, se necesita prudencia y discernimiento, si se quiere conservar la legitimidad con que se le aplica. La penalidad se ha de medir por la justicia y sus límites serán los que le asignen la razón humana y la estabilidad común.

Por no haber respetado estos principios es que miramos con justo horror la penalidad antigua. Conforme á lo que hemos visto al tratar de la Historia del Derecho, bien sabemos que en los tiempos anteriores al siglo XIX se observa la inventiva más fecunda, la crueldad más refinada, la más inconsiderada animosidad, para infligir á los tenidos por culpables, todo género de privaciones dolores y tormentos. «La más exaltada fantasía, dice Aramburu, concentrando cuanto poder hubiera en ella para dar forma á los intensos delirios de un odio inextinguible, es seguro que no llegaría hasta donde se llegó; y es que los pueblos iban trasmitiendo los horrores de sus inventos, y estos horrores acrecían con lo que cada uno adjuntaba al anterior, bajo el propósito de una expiación que aspiraba á reproducir sobre la faz de la tierra los sufrimientos infernales; de una intimidación que no quería detenerse ante ningún reparo; de un terror que era preciso producir á toda costa. . . . ;» la pena de muerte

por ser la mayor, se prodigaba en las viejas legislaciones con una prodigalidad feroz; pero por esto mismo y por que no era dable que se desconociese la relativa importancia de los delitos fué menester exacerbarla, producirla en todas las formas, con todos los preliminares posibles con cuantos aditamentos, prolongaciones y detalles cupiesen. Hacer rodar la cabeza del delincuente, bajo el golpe del hacha, estrangularle con la cuerda, despeñarle en el abismo, sepultarle en el fondo de las aguas, achicharrarle en la hoguera . . . es poco en ciertos casos; hácese preciso clavarle ó atarle á la Cruz, mortificarle allí y dejarle morir lentamente, dislocar sus miembros, arrancar pedazos de sus músculos, abrir su vientre, mutilar su cuerpo, antes de entregarle al que ha de poner fin á sus martirios; atar sus extremidades á la cola de cuatro caballos bravíos, que al partir en contraria carrera le despedacen; colocarle en la rueda que oprime y le dobla y hace crugir sus huesos y amasa sus tejidos y destroza sus vísceras, imprimiendo vertiginoso giro al montón informe y sanguiñoso. Y aun no basta eso: hácese preciso que el condenado vaya al sitio del suplicio adornado con ridículos adornos, ó á rastras golpeando el suelo con su cabeza, ó aguijado por ferradas puntas y enrojecidas pinzas, entre el escarnio y la befa de las gentes reunidas á su paso; hácese preciso que despues muerto se le descuartice, se entreguen sus restos á inmundos animales, se clave su cabeza en la enhiesta viga ó en la elevada almena, se aventen sus cenizas, se infame su memoria, se arrase su hogar, se persiga á sus hijos, imponiéndoles abominable estigma y privándoles del patrimonio que por suyo tenían.»

Esa barbarie y arbitrariedad llegaron hasta las mismas puertas del siglo en que vivimos. No obstante en la época contemporánea fué rápida y radical la reforma y «los ojos que se dilataron ante aquellas espesas sombras se deslumbran heridos por el fulgor que surge de improviso: fulgor de ciencia, y de humanidad.»

## V

En la época presente no se concibe que las penas puedan ser caprichosas ó arbitrarias; y siendo así, debemos discernir las cualidades que conforme los adelantos que ha alcanzado el Derecho Penal debe exigirse ó apetecerse en ellas—Y decimos apetecerse con Pacheco, porque como dice este célebre escritor habrá algunas que por mas que las deseemos, no será su falta un motivo suficiente para desechar el castigo que no las alcance. En este como en tantos otros puntos, es preciso someterse á las imperfecciones de nuestra índole y resignarse á lo que es posible no llevando más allá nuestras pretenciones.

Siguiendo á Pacheco en esta materia, señalaremos como primera condición para las penas, la de que sean *morales* ó mejor dicho de que *no sean inmorales*—Es deber de la justicia social propender siempre á la reforma y mejora de la especie humana y evitar la depravación y la inmoralidad.

Si acudimos á la Historia, encontramos por centenares las penas notables por su inmoralidad—Felizmente en la época actual, son muy pocas, pudiendo sinembargo señalarse todavía en algunos países civilizados, los azotes, las exacciones pecuniarias de las cuales una parte pertenece á los denunciadores ó delatores etc. Con castigos de esta índole el legislador hace lo contrario de su deber, en vez de regenerar deprava, en vez de elevar la dignidad humana la deprime.



La segunda condición es que las penas sean *personales*; es decir, que no recaigan directamente sino sobre la misma persona del culpado.

Si bien la idea abstracta y general de castigar al que no delinquiró, repugna instintivamente á nuestra naturaleza moral y no puede acordarse con nuestras nociones de la humana justicia, es evidente que en la práctica, los legisladores han faltado con frecuencia á este principio, sancionando penas directamente transcendentales á personas inocentes.

Así hemos visto á los hijos y nietos de algunos delincuentes, privados de los derechos más comunes y estendida una verdadera excomunión sobre infelices, que no tenían mas culpa que la de proceder de un individuo, que no siempre supo ser bueno ó no cayó en gracia al soberano; hemos visto decretarse confiscaciones, que caían toda entera, no sobre el culpable, sino sobre sus infelices descendientes que quedaban reducidos á la mendicidad. Estos exesos inútiles y funestos son condenados por la conciencia y la justicia.

Sin embargo no hay que exagerar este principio, sacando de él las últimas consecuencias. Sean cuales sean los castigos que se impongan, es una desgracia de nuestra humana naturaleza y escrito está en ella, que no ha de ser un individuo solo el que sufre los males consiguientes, que una pena no produzca algun mal á personas distintas del que la mereció. Pero esa dolorosa trascendencia, en unos casos, la origina la ley misma y en otros, procede de relaciones esenciales é ineludibles de nuestro ser. Lo primero es lo que debe evitarse como condición de la penalidad; evitar lo segundo sería imposible á no abstenerse completamente de todo castigo, por más que los crímenes pululasen al rededor de nosotros.

Otras de las condiciones que debe apetecerse en las penas, es la *divisibilidad*, es decir que las penas sean capaces de aumentar ó disminuir en duración ó intensidad.

Esta condición es muy esencial porque de otro modo, resultaría en las infinitas modalidades del delito una verdadera desigualdad, que pugnando con las nociones de equidad y justicia, perjudicaría la aplicación de la ley. Sin este requisito los diversos estados del crimen, la tentativa, la codelincuencia la complicidad etc. ofrecerían dificultades insalvables para su función—Filizmente la mayor parte de las penas que se aplican actualmente, escepto la de muerte son divisibles; y ya veremos cómo la pena de muerte es una pena particular impuesta por la necesidad y que se aplica solo en casos muy extraordinarios.

Otra condición que deben tener las penas es la *ejemplaridad*, esto es la intimidación, el tenor saludable que con el ejemplo infunde en el ánimo de todos. Por esta condición la pena traspasa los límites de la represión y se hace preventiva en bien y provecho públicos.

Compréndese facilmente, que la ejemplaridad de las penas, requiere como condición prévia, que toda penalidad sea pública, patente, ejecutada á la luz de día. La justicia no debe herir en la oscuridad como el delito, sino ostentándose en toda su altura, para que su acción sea una enseñanza y una amonestación. Los castigos secretos no pueden ser ejemplares, porque nadie los vé, ni los conoce.

Conviene pues, que las penas sean ejecutadas con publicidad y hasta con cierta ceremonia para que produzca una impresión moral duradera y solemne, que se grave hondamente en la imaginación del pueblo. Este aparato de la ley enlazando la idea del crimen con el recuerdo del castigo, contribuye á intimidar, fortifica los sentimientos morales y la aversión contra el delito.



Más debe tenerse cuidado que este aparato no sea excesivo que se convierta en mogiganga; en todas estas cosas, la razón y la equidad han de ser las guías perennes.

Una cualidad que debe apetecerse para las penas es, que ellas sean *reformativas*, tal es á lo menos en el día uno de los objetos capitales de toda buena penalidad—En vez de empeñarse, en destruir, en suprimir, en aniquilar, que era la idea dominante de otras veces, nos empeñamos hoy en corregir y reformar á los criminales, para que, cumplidas sus condenas, vuelvan á ser miembros útiles del Estado. Es una positiva conquista de la ciencia y de la filosofía contemporáneas, aceptada por la inmensa mayoría de los pueblos civilizados la idea de hacer servir la pena en pró de la reforma ó regeneración moral del delincuente.

Otra cualidad que deben tener las penas es la de ser *tranquilizadoras*. Las penas deben tener por uno de sus objetos primordiales la supresión en los criminales del poder de dañar. Ahora bien, el terror que el delito nos inspira, el recelo de ver repetir á un criminal sus fatales acciones, se calman más ó menos completamente, según es la pena más ó menos supresiva del poder de dañar.

Fácilmente se concibe el angustioso estado psicológico de una sociedad en que las penas no sean tranquilizadoras en que ellas no sean en el concepto público suficiente freno moral y material para evitar la comisión de acciones criminales. Tal situación sería insostenible y no habría paz ni progreso, en los pueblos que se hallen bajo el peso de esta calamidad.

A falta de otras cualidades, la pena de muerte posee en el más alto grado la cualidad de que vamos hablando; el hombre que ya no existe, no volverá seguramente á minar la sociedad con sus delitos.

Debe también exigirse que las penas sean *populares* ó mejor dicho *que no sean impopulares*; esto es, que no repugne á la conciencia pública, que no hieran de lleno las opiniones nacionales.

La impopularidad de las penas sería un notable defecto, que si no echara por tierra disminuiría por lo menos considerablemente las buenas intenciones del legislador. Una ley penal que despreciare la conciencia nacional que se declarase contra los sentimientos públicos los convertiría secretamente contra sí, perdería la asistencia que los individuos podían prestarle y tendría al pueblo no por aliado sino por enemigo.

En semejantes casos, llegar los pueblos hasta el extremo, de que hayan quienes faciliten la evasión de los culpables, de que otros escrupulicen en denunciarlos de que los testigos se rehúsen á declarar, de que los jueces vacilen al imponer la ley y de que haya en fin por todas partes una especie de vergüenza en cumplir sus disposiciones.

Se puede concluir esta enumeración con dos cualidades, que derivan de la imperfección de nuestra condición, de la falibilidad de nuestros juicios: las penas deben ser *reparables y remisibles*. Son tan inseguras de suyo, las pruebas sobre las que tienen que pronunciar su fallo los tribunales, que abrumba al entendimiento del hombre la idea de una pena grave que á consecuencia de su fallo sea irreparable ó irremisible.

Se llama *reparable* una pena que después de padecida pueda ser en cierto modo compensada; y *remisible*, la pena que no se concluye y se consume en un momento y deja la posibilidad de interrumpirla y hacerla desaparecer.

Por de contado, que no hablamos aquí de la reparabilidad ó de la remisibi-

lidad absolutas, porque no hay pena que las posea; todas ellos producen efectos físicos y morales, que no borrará ninguna reparación y harto se hará con que se disminuyan sus efectos. Esto es lo factible dada la miseria de la condición humana.

Debemos también tener presente que la reparabilidad y la remisibilidad no son condiciones exigidas por la justicia absoluta. Hay penas, que no las tienen y no por eso dejan de ser legítimas; y si bien el legislador debe aplicar con preferencia y más satisfacción las penas reparables y remisibles, las que no lo sean, no pueden rechazarse si son justas para el delito y están recomendadas por todas las demás consideraciones.

## VI

—Muchísimas son las clasificaciones y divisiones que se han hecho de las penas.

Algunos la han dividido teniendo en cuenta su gravedad, en *criminales correccionales y de simple policía*.

Otros teniendo en consideración, que la pena, no es sino el mal impuesto por el poder social al que ha delinquido y como se nos puede causar, un mal privándonos de alguno de los bienes que gozamos sean naturales ó sociales, dividen las penas en: *penas contra la vida; penas contra la libertad, penas contra los derechos sociales; penas contra la propiedad ó los haberes, penas contra el honor*.

Hay otras muchas clasificaciones y divisiones, pero no vale la pena de entretenernos en conocerlas y estudiarlas porque ellos no tienen ninguna importancia para la Ciencia Penal ni para las leyes positivas.

Nuestro Código divide las penas en tres clases (art. 90)

1ª *Penas corporales*: muerte, presidio mayor, presidio menor, destierro, confinamiento, prisión y arresto.

2ª *Penas privativas del honor y humillantes*: inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad y reprensión.

3ª *Penas pecuniarias*: multa, caución, comiso, costos y gastos.

Se ha criticado la clasificación de nuestro Código por admitir una clase de penas privativas del honor y humillantes. La declaración del legislador, señalando al desprecio público á los autores de ciertas infracciones es inconveniente según algunos autores, porque no pertenece á la ley crear á su antojo el deshonor ó la humillación que dependen del fallo de la conciencia pública, que discierne la aprobación ó el vituperio siguiendo sus leyes naturales.

Es inconveniente é inútil, porque si el hombre declarado deshonrado ó humillado por la ley, ha perdido por su crimen la estimación y consideración pública ¿á que hacer esa declaración contra un malhechor despreciado ya en la opinión de las gentes honradas?

Si al contrario la persona condenada por un delito, no merece incurrir en el desprecio de sus conciudadanos, el legislador que excita este sentimiento contra el condenado, hace un acto inútil si la opinión no responde á su llamado una cosa imoral si el legislador obtiene el resultado deseado.

Yendo á un ejemplo práctico, tenemos que la destitución está colocada entre las penas privativas del honor y humillantes; pero bien sabemos que la destitución puede ser y ha sido muchas veces una venganza ruin y cobarde contra la independencia ó la rectitud de un funcionario público; y en este caso

por más que la ley declara humillado al destituido, la conciencia pública lo absolverá. No es la ley la que puede levantar ó echar por tierra reputación; la opinión pública es el único juez en esta materia.

Esta objeción nos parece que se funda en una falsa inteligencia de lo que es el *honor* de que se priva al culpable por las penas incluidas en la segunda clase—El mismo codificador previendo quizás una posible confusión entre el *honor humano y social* y el *honor político* ha hecho la aclaración siguiente que figura como nota del art. 118.

«El honor considerado, como un juicio general del valor moral de un hombre, no puede ser objeto de la legislación humana, porque el honor bajo ese punto de vista, depende de la opinión pública á la que nada se puede prescribir ni prohibir; y por otro lado la opinión misma, salvo sus efectos naturales y muchas veces fortuitos no tiene en la vida común acción jurídica sobre el culpable. . . . La ley no impone la privación de este honor como pena principal ni accesoria. Pero no sucede lo mismo con el honor anexo al rango ó á las funciones. La ley tiene el derecho de exigir que, el que ejerce ciertas funciones ó tiene cierto rango, no se haga culpable de crímenes y si incurre en penas incompatibles con ese honor particular, puede y debe privarlo de él, conservando su honor general de hombre y de ciudadano.»

En la lección siguiente estudiaremos una por una las penas que establece nuestro Código.

## LECCION XVIII

La represión según nuestro Código Penal—I Pena de muerte—II Presidio mayor y presidio menor—III Prisión y arresto—IV Destierro y confinamiento.

### I

Entrando al estudio de las penas que constituyen la represión según nuestro Código nos encontramos en primer término, con la más grave ó importante de todas las legislaciones humanas: la pena de muerte.

Esta pena ha sido la que ha dado lugar á mayor número de discusión y controversia entre los penalistas y filósofos, existiendo á su respecto dos teorías diferentes: la *abolicionista* y la *anti-abolicionista*.

Puede decirse que no ha habido ni hay ninguna escuela que en su totalidad se haya decidido por una ú otra teoría. En todas ellas se encuentran abolicionistas y anti-abolicionistas.

Dos son los problemas que se presentan á este respecto:—*La pena de muerte es legítima?*—*¿La pena de muerte es necesaria?*

Sobre la primera cuestión las discusiones se han producido basadas en los siguientes puntos jurídicos.

Los abolicionistas arguyen de ilegítima la pena de muerte porque con ella se atenta un derecho inviolable, inherente á la personalidad humana. Los antiabolicionistas han contestado este argumento diciendo: que la inviolabilidad de la existencia es una de esas palabras puestas de moda por la filosofía romántica ó espiritualista y cuya exageración conduce á peligrosos absurdos; que en sociedad no hay derechos absolutos aún tratándose de relaciones jurídicas ordinarias, y que por consiguiente mucho menos lo habrán en las relaciones anti-jurídicas, en que hay choques de derecho y es forzoso que uno de ellos ven-

za. Que este argumento por probar demasiado nada prueba, porque siempre que se impone una pena se viola un derecho inviolable en esencia.

La pena de muerte no es *justa* dicen los abolicionistas. Según estos las leyes no reprimen para realizar la expiación; solo se propone la conservación social en sus derechos colectivos é individuales. Los actos que se apartan de ese propósito exceden de la órbita marcada por la naturaleza de las cosas, quitan á la pena la base que la hace justa. La pena de muerte debe propender á la conservación de la sociedad, y se opone á ella porque arrebató la vida á su ser racional, dotado de un fin principal, supremo é inviolable.

Aducen también sobre este particular que la sociedad en la prosecución de sus fines no puede emplear otros medios que los que están conformes con su naturaleza; y siendo ella temporal y material sus penas deben forzosamente revestir ese carácter puesto que lo imperecedero solo incumbe al poder divino que penetrando en el fondo de la conciencia humana, mide infaliblemente la intensidad del mal para sancionar la eternidad del castigo.

Los antibolicionistas contestan estos argumentos diciendo que la justicia absoluta no es de este mundo en que todo es relativo. En las luchas de derechos, como en todos los problemas morales, la razón y la conciencia son sin remedio el tribunal que los decide. Pues bien dice Pacheco, esa razón y esa conciencia me dicen que hay crímenes tan altos, delitos tan extremos, atentados de tal manera incompatibles con las ideas elementales de la sociedad y cuando se cometen por algunos de sus individuos es necesario que este salga de ella y deje de formar parte de los vivientes. Mi razón y mi conciencia me dicen que puede haber un término de los crímenes al que no se encuentre más allá; y que en este caso es también necesaria la mayor posible de todas las penas.

Por que es relativa la justicia humana, nos autoriza para matar legítimamente á quien nos ataca; el interés social los derechos del Estado lo autoriza también para enviar al combate contra los enemigos á quien puede perder de ese modo la existencia. No es pues, la muerte un hecho velado que nadie tenga derecho de exigir, vemos que no solo la sociedad sino aún otra persona pueden ser causa de que se verifique con justicia. Lo que ha menester, sí, es que la exija una razón poderosa, una razón más fuerte que la respetabilidad de la existencia que va á cortarse. Ilegítima é injusta sería la muerte que se verificare por un capricho, pero cuando existe esa razón de que hemos hablado, todo recelo desaparece y el acto queda irreprochablemente justo en sí propio».

Observan también los abolicionistas que la pena de muerte es inmoral y repugnante á la conciencia pública. Apenas se anuncia una sentencia de muerte dice Aramburu, apenas se oye que un criminal está condenado á subir al patíbulo, el hombre del altar, el hombre de ley, el hombre constituido en autoridad, el sabio, el literato, el trabajador oscuro, el poderoso magnate, las corporaciones, la prensa, agítanse á impulsos de un mismo sentimiento, acércanse al poder que dispone de la gracia de indulto, imploran clemencia, piden con empeño que se libre al pueblo de un espectáculo odioso y tristísimo, que no se borre del libro de los vivos al reo en nombre de la ley.

Los antibolicionistas contestan que la pena de muerte lejos de ser repugnante á la conciencia humana es la pena más antigua y más universal que se ha conocido y se conoce hasta ahora en casi todos los pueblos del universo. Desde el origen del mundo ha sido la muerte el castigo por excelencia, la ex-

piación en su grado mas alto y mas puro; la pena de muerte ha presenciado impasible el cambio de épocas, instituciones y costumbres sin que jamás se haya pretendido antes del siglo XVIII negar su legitimidad. Hoy mismo, salvo raras excepciones todos los pueblos del mundo, entre ellos los que marchan á la cabeza de la civilización la tienen establecida y este hecho decide la cuestión con la lógica de los hechos innegables.

El movimiento de oposición que hace notar Aramburu lejos de ser un hecho edificante dicen, es una sensiblería ridícula y funesta que ha dado lugar á que se repitan con tanta frecuencia los parricidios, asesinatos y otros delitos monstruosos.

La justicia penal está desorientada por completo, dice Ferri; es sobrado severa y ciega para los microbios de la criminalidad, es decir, para el gran número de pequeños delincuentes condenados á penas estúpidas é irónicas y demasiado indulgente y misericordiosa con la aristocracia del crimen, los grandes criminales.

El argumento mas importante aducido contra la pena de muerte, es el de su irreparabilidad en casos de error. La justicia humana es falible se ha dicho, de manera que si háse impuesto la pena capital á un inocente, no hay medio de repararlo, porque la sociedad es impotente para restituir la vida—En los archivos criminales se presentan ejemplos famosos de funestas equivocaciones.

Los antiabolicionistas reconocen de buena fé el valor que tiene este argumento, pero no debe exagerarse su importancia—En la irreparabilidad de la pena de muerte descanza su gran fuerza de intimidación. De la falibilidad humana dice Pacheco solo puede deducirse que no debe imponerse la pena de muerte sino en pocos casos, en virtud de la convicción resultante de un procedimiento esmerado y escrupuloso y despues de pasar por tres instancias por lo menos. Exijanse condiciones y precauciones particulares en esos casos, todo ello es justo y racional y lo merece la vida de un hombre, pero no se lleve mas allá las consecuencias; no se quiera colocar á la justicia humana en una posición que no es la suya, exigiendo de ella para que obre una certidumbre á que no alcanza sus medios, á fin de evitar un peligro que no es imposible pero muy poco probable en el estado actual de la legislación moderna.

Entre nosotros los códigos criminales, tanto de fondo como de forma han llegado hasta la exageración de estas ideas. Tantos medios conceden para evitar la pena de muerte que en la práctica resulta un vano fantasma con que la ley se propone intimidar á los pícaros... y hace mucho que estos se han apercibido de la cosa.

¿Es necesaria la pena de muerte? Esta es la segunda cuestión planteada más arriba.

Los abolicionistas la resuelven negativamente. La pena de muerte, dicen, no es necesaria para la seguridad pública. La infracción es un resultado de la libertad natural; impidiendo el ejercicio de la libertad desaparece la posibilidad del mal. Ahora bien, no es la muerte del único medio de impedir el uso de la libertad, y nada hay que temer de un culpable que rodeado de todos los medios de seguridad que la civilización ofrece, yace sumido en un presidio.

Pero á esto no se ha contestado, que la cifra anual de las evaciones de presos en casi todos los países prueba que con los medios conocidos hasta ahora no se ha podido conseguir la reclusión absoluta; inconveniente al que hay que agregar las probabilidades de revoluciones, amnistías, etc; que pueden ha-



cer que el prisionero vuelva al seno de la sociedad. Puede suceder también como se ha demostrado con numerosos ejemplos que los condenados á reclusión perpétua reincidan dando muerte á sacerdotes, médicos, guardianes, gendarmes, maestros, etc. y otros empleados de las cárceles.

Además, desde que se les ha de separar completamente de la vida social y en el supuesto de que fuera posible la reclusión absoluta, no hay razón para conservarlos en una vida puramente animal á expensas del dinero y de la tranquilidad social.

La escuela Antropológica italiana de acuerdo con sus tendencias justifica la pena de muerte con razones de otro orden.

Establece que al hombre privado de sentido moral la sociedad debe condenar á muerte en mérito del siguiente raciocinio: «Mi existencia en las condiciones actuales se funda sobre los sentimientos de piedad y de justicia; es en vano que tú, asesino de tu padre, me digas que ya nada tengo que temer de tí, por cuanto no es posible que cometas otro parricidio; tu crimen ha puesto bien en claro que careces totalmente del sentimiento de piedad y no hay nada que pueda contener tus impulsos salvajes. Cualquiera que te vea pensará que su vida, su honra, su propiedad y su tranquilidad, están amenazadas. Careciendo del sentimiento de simpatía que une á los hombres, tú no eres semejante á ellos y no puedes vivir entre ellos. Debe ser suprimido y como no hay otro medio de supresión que la muerte; muere.

En cuanto al delincuente por constitución física viciosa que representa siempre un producto de la degeneración humana ó un perjudicial comienzo de ella debe ser eliminado é impedido de dejar descendencia en nombre de la conservación é interés de la especie humana.

El organismo social así como el organismo individual debe extirpar á tiempo los miembros empozñados que puedan contagiar las demás partes del cuerpo.

La sociedad al condenar á muerte secunda la obra de la naturaleza en la selección de la especie.

Sino fuera, dice Garófalo, porque la sociedad lleva al caldoso miles de malhechores cada año, sería incalculable la descendencia de los ladrones y asesinos (tan prolíficos como son) que infestarían la sociedad.

En esta cuestión sobre la pena de muerte, Tarde observa que lo que parece que más ha influido, para que la doctrina abolicionista ganase tantos prosélitos en este siglo, son los medios de ejecución casi todos horribles que existen en todas partes. Piensa, pues, dicho escritor y algunos otros, que no será difícil que la propaganda actual contra la pena de muerte, llegue á convertirse en propaganda contra los medios de ejecución, persiguiendo con justicia un procedimiento más suave, que haga pasar al penado de la vida á la muerte, sin hacerse sufrir los horrores actuales.

Pasemos ahora al estudio de las disposiciones de nuestra legislación sobre la pena de muerte.

El Código Penal nada dice respecto del medio á emplearse para la ejecución de los condenados á muerte; pero el Código de Procedimientos Penales ha venido á llenar esta deficiencia de la ley de fondo estableciendo en la última parte del art. 549 que *todo condenado á muerte será fusilado*.

En toda la América española se emplea el fusilamiento como medio de ejecución de la pena capital. En otros países se emplean muchos otros medios: así tenemos lo guillotina en Francia, el garrote en España, la decapitación en

Inglaterra, la horca en varios otros países como Austria, Brasil, etc. En Norte América se ha ensayado para esta operación también la electricidad.

Tampoco dice el Código Penal, donde ha de hacerse la ejecución pero la misma disposición del Código de Procedimientos Penales que nos ocupa agrega: *La pena se ejecutará en el día y hora designados, sin que puede tener lugar ese acto en día de fiesta religiosa ó cívica.*

Entre nosotros no hay como en otras partes sitios públicos destinados á la ejecución de la pena capital. Los pocos casos de fusilamiento de reos que hemos tenido desde el advenimiento de la era constitucional, se han verificado en la playa de la laguna, en los bajos del Cabildo en la capital. No obstante el reo Luis Tamburiri, fué ejecutado en el centro mismo de la ciudad en el lugar que ocupa hoy la Plaza Uruguaya.

Respecto de la segunda parte de la disposición que estudiamos, fácilmente se comprende lo que con ella se quiere evitar. Sería chocante en realidad, que un espectáculo tan triste tuviese lugar en día de fiesta religiosa ó cívica, destinado al descanso y al regocijo públicos.

Nuestro Código Penal, de acuerdo con la legislación vigente en la mayor parte de los países civilizados, establece en su art. 93, que la *ejecución será siempre pública*. Bien sabido es que la publicidad de la ejecución tiene por objeto prevenir por ese medio en los demás el deseo de delinquir, inculcándoles el temor saludable que debe provenir de un castigo tan ejemplar.

Sin embargo, en algunos países se ha preferido la ejecución privada. Para no ir lejos, en la República Argentina tenemos que los sentenciados á muerte son ejecutados dentro del recinto de la misma cárcel en que estaban alojados, sin más testigos que los empleados judiciales y los demás presos.

Si atendiésemos nada más que al sufragio de las leyes positivas, la ejecución pública cuenta con inmensa ventaja. Sin embargo, de un tiempo á esta parte, ha venido reaccionándose enérgicamente contra la ejecución pública. A raíz de las numerosas ejecuciones de anarquistas en Francia, España ó Italia, los sociólogos, penalistas y observadores de esas partes han notado uniformemente, que toda esa comedia de publicaciones por la prensa de la vida y milagros del reo, su acompañamiento por las calles con gran aparato militar, eclesiástico y judicial, y por último la inmensa aglomeración de gente, que abandona en ese día sus quehaceres para hacer de ese doloroso espectáculo social un motivo de fiesta, en lugar de intimidar con la ejemplaridad, ejerce sobre el populacho una impresión malsana y peligrosa, capaz de hacer ver á sus ojos un héroe ó un mártir de ocasión donde solo hay un malvado incorregible.

Por otra parte muchos escritores niegan la influencia preventiva de la ejecución pública de la pena capital. En Inglaterra la estadística ha comprobado que el 80 % de los condenados á muerte ha presenciado ejecuciones capitales.

Agrega el mismo art. 93 del Cód. Penal que vamos estudiando que la ejecución se hará *«al día siguiente de la notificación de la sentencia irrevocable y no podrá por tanto notificarse en víspera de domingo, ni de fiesta religiosa ó nacional»*.

El Código de Procedimientos Penales que es posterior al Código Penal ha venido á reducir el espacio de tiempo que debe transcurrir entre la notificación de la sentencia de muerte y su ejecución de un día como le establece el Código Penal á solo nueve horas. En efecto el art. 550 de aquel Código dice: *A las nueve horas de haberse notificado al reo la sentencia, acompañado*

*del sacerdote ó ministro del culto cuyo auxilio ha pedido ó aceptado, será conducido al lugar del suplicio, en un vehículo apropiado y con las seguridades convenientes. Llegado allí será sacado é inmediatamente ejecutado, previa lectura de la sentencia».*

Creemos que en lugar de reducir hubiera hecho mejor el Código de Procedimientos Penales en aumentar el espacio de un día fijado en el Código Penal, siquiera á cuarenta y ocho horas. Efectivamente la Constitución Nacional, acuerda al Presidente de la República la facultad de conmutar en cualquier momento la pena de muerte. El condenado puede hasta en sus últimos instantes impetrar la misericordia del Poder Ejecutivo, quien para informarse de la veracidad de las alegaciones del reo para el ejercicio consciente del derecho de gracia necesitaría por lo menos un plazo de 48 horas. Además el plazo de nueve horas, sería á todas luces exageradamente breve para la realización de tantos pensamientos póstumos, como se han de atropellar en la mente del desgraciado en tan duro trance. Entre despedirse de sus parientes y amigos, prepararse santamente á la muerte, hacer testamento y otras disposiciones y encargos de última voluntad ya pasarán fácilmente las veinte y cuatro y hasta ta cuarenta y ocho horas.

Las exigencias mismas de la Justicia reclaman el aumento de los plazos fijados por nuestras leyes. Es bien sabido, y la Historia nos presenta muchos casos de personas, que por salvar al verdadero culpable se han confesado autores de crímenes capitales y han sido condenados á muerte. Con un plazo prudencialmente largo *de capilla* como se dice vulgarmente para que pueda caber en ella una reflexión consciente y serena puede muy bien suceder que esos mártires del deber, el parentesco, la afección ó la hidalguía, al ver la cobardía é indignidad del verdadero culpable se arrepienta de su lealtad y desiste del suicidio infamante á que iba á entregarse en aras de un sentimiento de que no era merecedor el verdadero delincuente; así como puede también suceder que éste movido por el remordimiento y tras de una lucha cruenta entre el deber y la muerte acuda á salvar al inocente. Pero para todo esto nos parece necesario como dejamos dicho por lo menos cuarenta y ocho horas.

Ya hemos visto que el art. 550 del Código de Procedimientos Penales que estudiamos dispone que el condenado sea conducido al lugar del suplicio, en un vehículo apropiado, con las seguridades convenientes y acompañado de un ministro de su culto si el reo lo quisiere. El Código Penal en su art. 92 agrega: *que el condenado irá al suplicio en traje ordinario acompañado del Juez del Crimen, del escribano y de la fuerza militar necesaria y precedido el cortejo del pregonero, que leerá en voz alta la sentencia.*

Como se vé nuestras leyes mantienen aún en vigor el pregón en las sentencias capitales, como en tiempo de la colonia. Por más que tengamos en vigencia esa institución rutinaria, cuyo uso se explicaba cuando la prensa aun no había asumido la importancia que tiene hoy día, llevando las más insignificantes noticias hasta los últimos rincones del país, la disposición que la mantiene es letra muerta entre nosotros. Condenado el pregón, ningún juez ni fiscal del crimen ha reclamado la constante violación del artículo que estudiamos; y han hecho bien.

El art. 92 del Código Penal agrega: *El Juez que asista al acto, presidirá la ejecución hasta su fin y el escribano redactará un acta que será unida al proceso.*

Este precepto ha sido modificado por el art. 552 del Código de Procedi-

mientos Penales en esta forma: *Concluida la ejecución se estenderá en los autos diligencia por el actuario ó Secretario, que hubiese asistido á ella, dándose conocimiento inmediatamente al Tribunal.*

Este último precepto es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia nacional.

El Tribunal á que se refiere este artículo es evidentemente el Superior Tribunal de Justicia.

El Juez que preside la ejecución es el del Crímen que ha conocido en la causa ó el Juez comisionado á quien delegue sus facultades.

Establece el artículo 94 del Código Penal que: *el cadáver de los ejecutados será entregado á sus parientes, si lo pudiesen á los jueces que presidan la ejecución, pero no podrán enterrarlo con pompa, incurriendo de lo contrario en la pena de prisión de un mes á un año.*

El Código de Procedimientos Penales que como ya hemos dicho es muy posterior al Código Penal, ha rebajado esta pena á un mes de arresto, en su art. 554.

Por más que no sea de la incumbencia de una ley de forma establecer penas, aplaudimos la disposición del Código de Ptos., que ha venido á reparar una notoria injusticia.

La prisión de un mes á un año, término medio seis meses por el sólo hecho de enterrar con pompa á un ajusticiado es una iniquidad, tanto más estraña en nuestro Código, que castiga con penas levísimas delitos muy graves, como lo veremos más adelante al estudiar la parte especial.

Nadie puede desconocer que el hecho de hacer pomposos funerales á un condenado á muerte, importaría un desacato, una provocación sangrienta lanzada á la justicia de un país; pero debe tenerse presente que los parientes están siempre convencidos de la inocencia de un reo y que la pompa de un entierro no es un acto que hiere ningún derecho fundamental, ni deja huellas de ninguna importancia como atentado criminal. Por lo tanto sería exagerado, castigar el acto que nos ocupa, con mas penas que las de policía:

El artículo 95 del Código Penal establece que *no se ejecutará la pena de muerte en mujer que se halla en cinta, ni se les notificará la sentencia que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días del alumbramiento.*

Fácilmente se comprenden los motivos que ha tenido en cuenta la ley para sentar este precepto. En el primer caso se ejecutaría la muerte en dos seres en vez de uno y en el segundo, la conmoción fisiológica nerviosa ocasionada por una noticia tan tremenda, podría provocar en la paciente enfermedades gravísimas, que la ley debe evitar si no quiere, desarrollar un lujo de inhumanidad completamente inoficioso ó inútil.

## II

Después de la pena de muerte, dentro de la clasificación de las penas *corporales*, que es la primera que establece nuestro Código como sabemos, le siguen en importancia las que consisten en la privación de la libertad: *ellas son el presidio mayor, el presidio menor, prisión, arresto, destierro y confinamiento.*

La importancia y gravedad de estas penas nace según Pacheco, de que la libertad, la completa y entera disposición de sí mismo, es á un tiempo la mayor pasión y la primera necesidad del hombre civilizado en nuestra época. Jamás los hombres han apreciado tanto la libertad civil; jamás habrían

hecho por ella, tantos sacrificios como en el día y jamás al mismo tiempo la han necesitado con tantas veras, para llevar adelante el orden social en quo se encontraban. Tenemos pues que la libertad es hoy día un bien inmenso y una necesidad imprescindible, más sentidas y más apreciadas que en ningún otro período de la historia. De donde se infiere que son posibles respecto á ella más modificaciones penales que en ningún otro tiempo y que esos castigos deben ser más hondamente sentidos, más eficaces, más poderosos que lo fueron nunca. El superior goce del bien eleva consiguientemente la importancia y entidad de la pena».

Las penas privativas de la libertad, tanto por la razón antedicha, como porque son inmensamente divisibles, lo que hace posible que puedan aplicarse á las faltas más distintas desde los delitos leves hasta los crímenes atroces, constituyen el grupo más eficaz y poderoso entre todas las de que se valen las legislaciones modernas. Casi todos los delitos con que se vé aquejada la sociedad, pueden penarse por ese medio, por que desde el arresto por una hora hasta el presidio mayor impuesto perpétuamente hay tan extensa escala y se comprenden tantas clases de castigos, que pocos serán y pocos son de hecho los casos á que no pueda aplicarse alguno.

Esta excelencia y universalidad de las penas privativas de la libertad es tanta que «si á cualquier legislador que conociese la situación social actual, se le pusiera hoy en el conflicto, de no poder emplear sinó una clase de las usadas hasta aquí, no admite ningún género de duda, que, rechazando las que son contra la persona, contra los derechos, contra los bienes y contra el honor, escogería decididamente como única materia penal las que menguan ó suprimen la libertad de los reos. Con estas solas le parecerá quizás cosa posible el conseguir su propósito; sin ellas aunque se les dicen todas las restantes quizás temería no llegar á realizarlo.»

Entre las penas privativas de libertad algunas requieren como condición sine qua non, el aprisionamiento ó secuestro del reo en establecidos públicos destinados para el efecto, mientras que otros solo consisten en la relegación del reo á una comarca, pueblo ó lugar determinado. A la primera categoría pertenecen las que en nuestro Código tienen el nombre de presidio mayor, presidio menor, prisión y arresto. A la segunda corresponden el destierro y el confinamiento. Nos ocuparemos en primer lugar de los que requieren el encarcelamiento de los reos, para en seguida estudiar la otra clase.

La pena de la privación de la libertad, en cárceles apropiadas, como pena principal es la más moderna entre las penas principales conocidas. Antiguamente la privación de la libertad era un mero preliminar á que se sometían á los condenados á otras penas ó solo se imponían por delitos leves á los pobres que no podían pagar la multa. Es recién en los tiempos modernos que estas han pasado á ser principales y asumido la importancia que tienen actualmente.

Entrando ahora á estudiar las penas privativas de libertad en orden de importancia nos encontramos en primer lugar con el *presidio mayor*.

¿En qué consiste esta pena? *Los sentenciados á presidio mayor*, dice el artículo 96 del Código Penal, *trabajarán públicamente en servicio del Estado, llevarán una cadena al pié, pendiente de la cintura ó asida á la de otro penado, serán empleados en trabajos exteriores duros y penosos, construcción de canales, obras de fortificación, caminos y no recibirán auxilio alguno de fuera del establecimiento.*



Como se vé, nuestro Código no dice que los condenados á presidio <sup>deben</sup> ser reclusos en cárceles á propósito; pero de las palabras *trabajos estenuantes* empleadas en este artículo, se comprende fácilmente que se refieren á los trabajos que deben ejecutarse fuera de la cárcel y por tanto supone que los condenados á la pena de presidio han de estar dentro de la misma.

Ahora bien, si no hay los establecimientos especiales llamados presidios, en donde han de ser encerrados los presidiarios, pueden ser alojados en cualquier parte; basta que ellos sean sometidos á trabajos forzados duros y penosos en favor del Estado y sufran los demás accesorios enunciados en el artículo que estudiamos, para que se cumpla la voluntad de la ley. Esta interpretación resulta de una nota puesta al pié del artículo que nos ocupa por el codificador doctor Tejedor, en la que manifiesta que las penas de presidio y de trabajos forzados que en otros códigos son diferentes, para el nuestro son una misma pena.

Los trabajos *duros y penosos* á que se refiere nuestro Código Penal, pueden ser cualesquiera que revistan esas cualidades, siendo los que se enuncian en el artículo que nos ocupa solamente por vía de ejemplo. Así por ejemplo, sería muy de desear, que entre nosotros fueran ocupados los presidiarios en nivelar y pavimentar las calles de la capital, que se encuentran en un estado bastante atrasado.

Puede suceder que en un momento dado no hubiese entre las obras públicas ningún trabajo exterior duro y penoso á que someter á los condenados á presidio ¿que harán entre tanto los presidiarios? Nuestro Código no lo dice, pero el proyecto primitivo del Dr. Tejedor, decía que en esos casos, deben ser encargados de los trabajos más duros del establecimiento. No sabemos qué razón pudo haber tenido nuestra comisión redactora del Código Penal para haber borrado esta disposición.

Cree el doctor Piñero, censurable que la ley exija como un requisito esencial á la naturaleza misma de la pena de presidio mayor que los trabajos anexos á ella sean precisamente *duros y penosos*. No se comprende dice, los motivos que haya tenido la ley para hacer esta declaración, porque para que las penas sean eficaces, no hay necesidad que aquellos á quienes se les aplica estén sometidos á trabajos agobiantes.

Este mismo jurisculto critica además el destino que por este artículo se dá al producto del trabajo del condenado. No hay en verdad razón alguna ostensible para privar al presidiario mayor de todo producto de su trabajo, máxime cuando se establece á su respecto que no puede recibir ningún auxilio de fuera del establecimiento en que está recluso.

Por otra parte es más justo, racional y equitativo, que el producto del trabajo de estos penados, antes de ser destinados al Estado, tengan otros destinos que deben considerarse como primordiales v. gr. la reparación del daño causado á la víctima del delito.

Otros escritores han criticado también las cadenas y la publicidad de los trabajos, diciendo que ellos son los signos vergonzosos de una esclavitud infamante, que exponiendo á los condenados al desprecio público apaga en ellos el último resto de dignidad y de honor, dificultando por consiguiente su arrepentimiento y reforma moral. Pero á esto se ha contestado que precisamente en el horror que inspira ese doloroso estado del culpable es en donde reside su poder de intimidación, su ejemplaridad.

*Los condenados á presidio mayor*, dice el art. 97 del Código Penal, *no po-*



*drán ser destinados á obras de particulares, ni á las públicas que se ejecutan por empresas ó contratos con el Gobierno.*

*Si por falta de establecimiento donde deban sufrir la pena de presidio ó por la de los trabajos en que deben ocuparse, no pudiesen cumplir su condena, serán destinados á obras públicas de cualquier otro género, computándoseles á diez y ocho meses de esta pena por un año de presidio mayor y trabajando las mismas horas que si estuviesen en el presidio.*

En este artículo tenemos una confirmación más, de que á pesar de no haberlo manifestado en el artículo anterior como era correcto, es la voluntad de nuestro Código que haya casas de reclusión especial donde los presidiarios sean aprisionados.

Respecto de lo que establece la primera parte de este artículo, aplaudimos la previsión de la ley. Creemos que siempre sería mal mirado por la opinión pública que el trabajo de los condenados sea objeto de una explotación privada. La condición más degradante á que se sujetaría á estos desgraciados contratando su trabajo como el de los esclavos, provocaría muchas resistencias por parte de estos que no por ser criminales han perdido la noción de la dignidad inherente á todo ser humano, y la codicia de toda empresa privada que no busca sino el lucro, sería perjudicial para el régimen penal, defraudando las verdaderas intenciones de nuestra ley respecto de los presidiarios.

El art. 98 del Código Penal establece que: *las mujeres que fueren condenadas á la pena de presidio mayor, los hombres débiles ó enfermos, los menores de veinte años y los viejos de más de sesenta sufrirán su condena en la casa de reclusión.*

Este artículo es vago y está muy lejos de decir lo que quiere.

En efecto ya hemos visto, que todos los presidiarios deben ser alojados en una casa de reclusión que serán los presidios si los hay.

Lo que quiere decir nuestro Código por este artículo, es que las personas allí nombradas, no deben ser sometidas á los trabajos duros y penosos y demás fatigas impuestas á los condenados á esa pena y que deben ser simplemente reclusos. «Esta es una regla de decencia y humanidad dice Pacheco y su concepción es tan natural y sencilla que no hay ningún código moderno que no la haya consagrado.»

El doctor Rivarola al ocuparse de este artículo dice: «la naturaleza de los trabajos del presidio (mayor) duros y penosos, crueldad inútil y detestable, aún tratándose de hombres fuertes y vigorosos, sería refinada crueldad aplicado á mujeres, ancianos y niños».

Dice el art. 99 de nuestro Código Penal:

*La pena de presidio mayor no puede imponerse por toda la vida, sino por un número determinado ó indeterminado de años.*

*La condenación por tiempo indeterminado deja sin embargo al condenado la esperanza de merecer su libertad, dando prueba de reforma positiva, especialmente si durante ocho años continuos, muestra una aplicación notable al trabajo, no incurre en castigo por actos de maldad ó desobediencia ó da cualquier otra señal irrecusable de corrección. En estos casos podrá obtener su gracia después de quince años de pena.*

Con este artículo ha resuelto nuestro Código la acalorada discusión sobre la perpetuidad de las penas privadas de libertad.

Sobre este punta hay dos doctrinas: la que admite la conveniencia y necesidad de la prisión perpétua y la que le niega estas cualidades.

Los partidarios de la primera doctrina razonan de esta manera: «La perpetuidad de las penas elimina del mundo á un ser incorregible y le evita tanto á él como á sus semejantes, los nuevos atentados á que podría decirse predestinado por hábitos indestructibles. Tranquiliza á la sociedad disipando la alarma causada por el crimen y previniendo lo que haría nacer la reaparición del criminal. Las penas perpétuas, tienen tambien un efecto poderoso de intimidación: son una imitación de la eternidad de los suplicios y la idea de esta eternidad hiere fuertemente á las imaginaciones. Es preciso por otro lado, que las acciones que en el orden de los crímenes siguen inmediatamente á las que tienen por pena la muerte, no dejen prever una esperanza de libertad. Sin esto no se observarían las gradaciones, la escala de las penas no correspondería á la de los crímenes y la proporción quedaría. Las penas perpétuas son naturalmente la transición entre la pena de muerte y las penas temporales. Suprimidas y la escala penal presentará un intervalo inmenso sin correlación con la escala de los crímenes.

Los que participan de la opinión contraria han reprochado especialmente á las penas perpétuas, el acabar la desmoralización del condenado. Solo la esperanza de volver á entrar honorablemente en la sociedad, puede sostenerlo en los esfuerzos que haga para cambiar de hábitos y corregir sus inclinaciones. ¿Cómo ha de experimentar pues la necesidad de la reconciliación consigo mismo, si la ley lo declara irreconciliable con la sociedad? No es destruir el arrepentimiento en sus comienzos y la rehabilitación moral en su gérmen más poderoso?

Nuestro Código ha conciliado estas dos doctrinas, aceptando en principio la perpetuidad de las penas, pero poniendo al mismo tiempo en manos del condenado la posibilidad de convertirla en una pena temporal por medio de una conducta, y una actividad laboriosa. La perpetuidad inflexible de la pena abre al condenado una carrera, en cuya extremidad no vé más que la cesación de su existencia. En este estado sin esperanza no tiene interés en conducirse bien y ser mejor. Puede entregarse á nuevos excesos ó crímenes con sus custodios, sus compañeros ú otros y no será posible contenerlo sinó por una inexorable severidad. Si por el contrario, se le hace entrever como en nuestro Código la esperanza de la libertad, trataría por medio de su buena conducta, de obtener una reducción ó moderación de la pena. De esta sencilla manera se concilia el horror de las penas perpétuas con sus ventajas.

*El presidio mayor por tiempo determinado, dice el art. 100 de nuestro Código Penal, no podrá pasar de quince años ni ser menor de seis pudiendo los condenados abreviar también su duración si llenan las condiciones prescriptas en el anterior, con escepción del caso de reincidencia. Esta gracia sin embargo no podrá acordarse, sinó después de cumplirse la mitad del tiempo de la condena.*

Lo que dispone este artículo y el anterior, es que un condenado á presidio mayor por tiempo indeterminado nunca puede obtener gracia del P. E. sino después de quince años de pena, por más buena conducta que haya demostrado y el condenado á presidio mayor por tiempo determinado tampoco puede obtener la gracia sino después de haber cumplido la mitad de la pena que le fué impuesta. Vese por ello con cuanta arbitrariedad procede el P. E. al conceder la gracia, en la forma y tiempo que le dá la gana como lo hace siempre. Á cada momento vemos ejemplos de individuos condenados á presidio mayor por tiempo indeterminado obtener su gracia del Presidente de la República después de tres ó cuatro meses de la condena. Eso es sencillamente horroroso; el Presi-

dente no puede usar de la facultad que le concede la constitución, sino de acuerdo con las leyes que reglamentan esa facultad; el Código Penal establece esa reglamentación y si el Presidente de la República lo viola él debe ser personalmente responsable de los nuevos crímenes que cometa el indultado ilegalmente, á quien la justicia había creído necesario eliminar perfectamente del seno de la sociedad.

Para dar una idea de cómo ha hecho uso entre nosotros el P. E. del poder de la gracia ahí vá este dato. No hay en la cárcel un solo condenado á presidio mayor por tiempo indeterminado que tenga diez años de reclusión y solamente durante el periodo que corremos el Presidente de la República ha dado gracia, antes de los tres años después de la condena á los siguientes condenados á presidio mayor por tiempo indeterminado: Rufino Rojas, Juan Vargas, Damacio Ortiz, Ramon Paredes, Felipe García y muchos otros.

Los reincidentes en ningún caso pueden obtener gracia. Tampoco deben obtenerla aunque la ley no lo diga espresamente, los condenados á presidio mayor por tiempo indeterminado, por conmutación por esta pena de la de muerte v. gr. Felipe Chamorro y Maximiliano Constantino entre nosotros. Esto es evidente porque entonces habría ya en favor de la misma persona dos gracias en vez de una sola.

Respecto de lo que dispone el artículo que estudiamos sobre el mínimo de la pena de presidio debemos observar que está en contradicción con otras disposiciones del Código Penal, en virtud de las cuales la pena de presidio mayor es susceptible de ser aplicada por menos de seis años, Supóngase por ejemplo el caso de un tentativa próxima de robo en que ha concurrido maltratos ó heridas; la pena del autor de este delito sería según los artículos 20 inciso 3º y 316 del Código Penal la de *dos á cuatro años de presidio mayor*. Hay muchos otros casos en que el presidio mayor es susceptible de bajar de los seis años que el artículo que analizamos establece como mínimo. La jurisprudencia ha confirmado esta afirmación; para no citar sinó un caso práctico recordaré la causa de Salvador Duarte por encubrimiento de un asesinato en que éste salió condenado á tres años y medio de presidio.

Son accesorios de toda condenación á la pena de presidio mayor (art. 101).

1º Inhabilitación absoluta para cargos públicos por el tiempo de la condena y por la mitad más.

2º Interdicción civil, que priva mientras se sufre la pena, de la administración de los bienes, del derecho de disponer de ellos por actos intervivos y de la patria potestad.

3º Sujeción á la vigilancia de la autoridad de uno á cinco años después de cumplida la pena, según la corrección y buena conducta que hubiese observado el reo durante la condena.

La pena del presidio puede ser agravada según el art. 102 de nuestro Código Penal: 1ª con más cadenas; 2ª con disminución de los alimentos; 3ª con una reclusión solitaria de treinta días en el aniversario del crimen.

La agravación consistente en su aumento de cadenas ó disminución de alimentos, no podrá ordenarse sinó despues de haber oído el parecer de un médico.

Por motivos de seguridad y de vigilancia el art. 103 dispone que inmediatamente despues de la condenación, los nombres y designaciones exactos de los individuos detenidos en los presidios, serán comunicados á todas las autoridades policiales más inmediatas.

Mejor serían que los retrataran de una vez y enviaran una fotografía á

las autoridades mencionadas. Así se procede en los demás países, habiendo para el efecto en las cárceles las oficinas fotográficas y antropométricas necesarias.

Pasando al *presidio menor*, veamos en que consiste esta pena.

Dice el art. 104 del Código Penal: Los sentenciados á presidio menor lo sufrirán en la casa de reclusión con sujeción á los trabajos forzosos dentro de la misma y sin cadena, exceptuando el caso de temerse seriamente la evasión».

«El producto de su trabajo, se aplicará en primer lugar á indemnizar el gasto causado en el establecimiento; en segundo á satisfacer la responsabilidad civil; y en tercero á procurar á los condenados algun auxilio y á formarles un ahorro, cuyo fondo se les entregará cumplida la condena».

Esta pena es la que otros Códigos llaman *penitenciaria*. El Dr. Tejedor la llamaba así tambien, nombre que entre nosotros se cambia por el que actualmente tiene.

Al hablar de la *represión*, hemos visto ya en que consistía la penitenciaria y cuales eran los principales sistemas penitenciarios.

Nuestro Código no dice cual de los sistemas conocidos es el que debe aplicarse al penado; pero el codificador en una nota puesta al pié del artículo que estudiamos se decide por el sistema llamado *celular*. En efecto, en la nota á que aludimos dice el doctor Tejedor: «La primera regla de todo sistema penitenciario es la separación de los criminales, en el establecimiento. La experiencia ha enseñado que la comunicación de estos hombres entre sí, hace imposible toda reforma moral y no pocas veces es necesariamente la causa de una espantosa corrupción...; el aislamiento constituye el principio y la base del sistema; y su primera ventaja, su ventaja incontestable, es que los condenados no se vuelvan en las prisiones peores que entraron.»

La pena de presidio menor como la de presidio mayor, puede ser por tiempo indeterminado ó por tiempo determinado que no pase de quince años ni baje de seis. El condenado puede igualmente obtener en el primer caso gracia despues de quince años de pena y en el segundo despues de haber sufrido la mitad de la condena, siempre que se hayan cumplido las mismas condiciones prescriptas para los presidarios mayores (art. 105).

Lo mismo que el presidio mayor la pena de presidio menor puede agravarse: 1º con disminución de alimentos previo parecer del médico; 2º con una reclusión solitaria de día y de noche por un tiempo que no pase de treinta días en el aniversario del crimen (art. 106.)

La pena de presidio menor acarrea también como la de presidio mayor los siguientes efectos: 1º inhabilitación absoluta para cargos públicos por el tiempo de la condena y la mitad más; 2º Interdicción civil que priva mientras se sufre la pena de la administración de los bienes por actos intervivos y de la patria potestad; 3º Sujeción á la vigilancia de uno á cinco años despues de cumplida la pena según la corrección y buena conducta, que hubiese observado el reo durante su condena (art. 107 conc. con el 101).

También los nombres y designaciones de los reclusos deben ser igualmente comunicados á las autoridades policiales, exactamente como el presidio mayor (art. 107).

De lo expuesto se desprende que las diferencias entre las penas de presidio mayor y presidio mayor son estas: 1ª que los condenados á presidio mayor deben ser sujetos á trabajos duros y penosos fuera del establecimiento y deben

arrastrar cadenas; mientras que los penados con presidio menor solo están obligados á trabajar de cualquier modo dentro del establecimiento, sin llevar cadena sino cuando haya temores fundados de una evasión; 2<sup>a</sup> que mientras el fruto del trabajo de los presidiarios mayores es completamente para el estado y no pueden recibir ningún auxilio de fuera del establecimiento, el de los presidiarios menores tiene las aplicaciones que ya hemos enunciado en el art. 104 y puede recibir auxilios de fuera del establecimiento.

En todo lo demás el paralelismo de estas dos penas es completo.

Como ya hemos criticado los elementos constitutivos que diferencian el presidio mayor del presidio menor, se sigue de ello, que veríamos con placer que estas dos penas sean reducidas á una sola; á la segunda, bajo el nombre mas universal de *penitenciaria*. Así lo ha hecho ya el Código Penal mas adelantado de la América del Sud, el Uruguayo.

Efectivamente si estas dos penas son iguales en todo, menos en dos elementos y estos son rechazados por la ciencia y la razón, no hay motivo para que continúe ese estado en detrimento de la claridad de la ley y de las exigencias de la justicia.

Haciendo nuestras las palabras del Dr. Rivarola, agregaremos sobre este particular: que no es fácil acertar con la razón de estas dos penas casi paralelas, que presumen la creación de distintos establecimientos penales, en un país que en esta materia no se ha procurado aun lo indispensable y que no puede suponersele en la aptitud de ostentar lo superfluo. Pero sin entrar á este terreno ¿cuál es el verdadero fundamento de esta doble penalidad?

Acudiendo á la fuente de nuestro Código encontramos su explicación, en estas palabras trascritas por el Dr. Tejedor y puestas al pie del art. 104, de su proyecto. Si los individuos condenados á penitenciaria, no se someten á trabajos públicos, viene no solo de que los trabajos que el Estado puede tener que ejecutar, no bastan para todos los condenados, sino tambien y principalmente, porque cuando el legislador se decide hacer trabajar en público á un condenado, es porque supone extinguido en él, todo sentimiento de honor, y ya que no hay esperanza de reformarlo. En el condenado á penitenciaria, por el contrario, supone de que hay todavía esperanza de que vuelva al camino del bien, y aunque la reforma del condenado no sea la base única del derecho penal, debe sin embargo el Estado organizar de tal modo las prisiones, que ofrezcan al condenado la posibilidad de la enmienda».

«Dedúcese de estas palabras, colocadas como fundamento de la duplicidad de penas, que se ha querido buscar una pena para los *incorregibles*, para aquellos, á quienes *no hay esperanza de reformar*, y otra para los *corregibles*, para aquellos que *ofrezcan* la posibilidad de la enmienda».

«La distinción bajo este punto de vista es aceptable, por estar fundada en hechos manifiestamente revelados por la experiencia. Pero la duración y la aplicación de las penas demuestran, ó que los objetos expresados ó que no son ellos los motivos de la ley.

En efecto si la pena de presidio mayor debe aplicarse á los incorregibles parecería natural que hubiera sido reservada para los reincidentes. ¿De qué otra manera se sabrá que un delincuente es incorregible sino teniendo en cuenta el número de delitos que haya cometido? Entretanto en ninguna parte del Código Penal se reserva la pena de presidio mayor para los reincidentes por ser tales».

Parece que el mismo Código aceptase la equivalencia de las penas de presidio mayor y menor, porque en varios de sus artículos se imponen indistin-

tamente á un crimen determinado una ú otra pena. Ahora bien, como la simplicidad, del sistema penal es un principio que el legislador no puede perder de vista, no debe crear penas paralelas ó equivalentes ó de aplicación alternativa que sin una razón fundamental que las distinga, dificulten su aplicación y hagan imposible alcanzar la noción clara de su importancia relativa á una aplicación de su coexistencia.

Si se quiere, pues que estas penas coexistan sería menester segun el doctor Rivarola, elevar el mínimum del presidio mayor hasta hacer de él una pena, que pudiera considerarse por lo menos como el máximun del presidio menor; y elevar en seguida el máximun del presidio mayor como pena temporaria á un término que pudiera considerarse según la medida normal de la vida como inmediatamente inferior á la de presidio perpétuo, que debiera reemplazar á la de muerte.»

El doctor Rivarola concluye aplaudiendo la solución del Código Oriental, que hace de estas dos penas una sola, la de penitenciaria cuyo mínimum es de dos años y el máximun de treinta.

Esperamos que el nuevo Código Penal, se informe en estos principios en la reforma que se proyecta.

### III

Pasando á otra pena privativa de la libertad por medio de la reclusión en cárceles ó prisiones tenemos la pena de prisión.

*«La pena de prisión dice el art. 113, se sufrirá en cárceles que no sean los presidios.*

*«Esta pena no puede bajar de un año ni pasar de tres».*

Art. 114. *«Los condenados á prisión no saldrán del establecimiento, en que la sufran durante el tiempo de su condena y son libres de ocuparse para su propio beneficio, en trabajos compatibles con la disciplina reglamentaria».*

Esta pena ha levantado unánimes protestas de los criminalistas y sociólogos de la escuela positiva. Es para estos una pena irracional, estúpida y desmoralizadora que debe desaparecer cuanto antes de todo Código civilizado.

En apoyo de esta afirmación basta recordar que los condenados á esta pena no están obligados á ocuparse en nada, y podrán por lo tanto, entregarse al *dolce far niente*, pasando el tiempo en jugar, contar cuentos y comunicarse sus malos hábitos, en perjuicio de la poca moralidad que pudo haberles y sobre todo del tesoro público, que á más de pagar los empleados y demás gastos de la cárcel tendrá también que costear la mantención de esa canalla, con el producto del impuesto pagado por las mismas víctimas del delito.

Lo peor es que si alguno de ellos quiere trabajar, podrá emplear totalmente su producido en beneficio propio, quedando por consiguiente en el aire, los gastos judiciales ocasionados por su delito, los del establecimiento en que están encerrados y la reparación del daño causado por la infracción. De donde resulta la iniquidad estúpida de que un delincuente se halla mil veces en mejores condiciones que un proletario honrado, quien está obligado á pagar todos sus gastos con su peculio mientras el criminal tiene casa y comida por cuenta del Erario aunque gane en la misma cárcel lo suficiente para sufragar sus espensas.

Esta circunstancia ha hecho de esta pena, en lugar de un castigo saludable, un acicate para la ociosidad que es la madre de todos los vicios. Se ha observado en las grandes ciudades que una multitud de haraganes, antes que

luchar con las penalidades de un trabajo poco lucrativo, ó sufrir necesidades por falta de empleo ó colocación, cometen á la luz del día y en plena calle un delito leve con el solo propósito de ser llevado á la prisión correccional, donde están seguros de encontrar alojamiento y comida gratis, muchísimos mejores que lo que pueden conseguir infinitas familias pobres, matándose en el trabajo.

Para esos *habitués* ó clientes perennes de las prisiones esta pena no significa más, dice Aramburu, que lo que significaría para un hombre de la clase acomodada el obligarle á no salir durante algunas semanas ó meses, del círculo ó casino donde están sus amigos y donde juega y se divierte. Reinach ha notado que los vagabundos en Francia se hacen arrestar en invierno al Sur, en verano al Norte, ni más ni menos que el acandalado *tourista* que según las estaciones va á Trouville ó á Niza; además observó que en París es mayor el ingreso en las cárceles, los miércoles y los sábados, porque en los días siguientes, jueves y domingos se dá á los reclusos un plato extraordinario de carne.

Semejante pena es evidente que lejos de evitar la reincidencia la provoca de un modo directo. Los que salen cumplidas sus condenas de esas casas donde nada falta sin trabajar, salen con la intención decidida de volver á ellas á la mayor brevedad posible; siendo frecuentísimo el caso de que muchos reincidentes desde ya dejan sus baules y colchones dentro del establecimiento á algún colega, en vista de la vuelta que generalmente no se hace esperar mucho tiempo.

Tan escandalosas explotaciones del elemento honrado por los malhechores amparados por la misma ley, deben cesar, imponiéndose á todos los reclusos la obligación del trabajo, á cuyo producto se dará la misma inversión establecida para el de los penitenciados. Esta medida es reclamada no solamente por la justicia sino por la conveniencia de los mismos presos, ya que el trabajo es el más poderoso elemento de moralización que se conoce. Sin el trabajo dice Dostoyuski, los hombres encerrados dentro de una cárcel, se aniquilarían como las arañas debajo de una campana de cristal. Y á la verdad, sino se aniquilan materialmente á causa de la vigilancia de los guardianes, se aniquilan moralmente corrompiéndose mutuamente.

Lo que establece el Código respecto de que la pena de prisión no puede bajar de un año es falso y se contradice con numerosas disposiciones del mismo Código, que la imponen por menos de un año. Los títulos de la *complotidad*, de la *tentativa*, del *encubrimiento*, de las *circunstancias atenuantes*, y *agravantes* están llenos de preceptos contradictorios á esta regla general.

Cuando la pena de prisión compromete por su duración la profesión de que vive el penado y su familia, podrá reducirse á la mitad agravándola con trabajos forzosos dentro del establecimiento (art. 115).

La pena de prisión lleva consigo la suspensión de todo cargo y derecho político del penado durante el tiempo de la condena y puede agravarse con trabajos de limpieza dentro ó fuera del establecimiento (art. 116).

La última parte de esta disposición está en contradicción con lo que dispone la primera parte del art. 114, que establece la prohibición de que los condenados á prisión salgan del establecimiento durante el tiempo de la condena.

Pasando ahora á la última clase de las penas privativas de libertad, consistentes en la reclusión carcelaria admitida por nuestro Código Penal, el arresto, tenemos que el art. 117 dispone á su respecto:



*El condenado á arresto será puesto en cárcel, policía ó cuerpo de guardia según los casos; pero esta prisión será siempre diferente de la de los acusados ó procesados, pudiendo ser arrestados en sus propias casas las mujeres honestas y las que vivan de algun arte, profesión ú oficio doméstico.*

Esta pena no podrá bajar de quince días ni exceder de tres meses.

Esta pena es superflua porque pudiendo cumplirse en cárcel es exactamente igual á la prisión. No hay necesidad, dice el doctor Rivarola, de crear una pena más, ó establecer una denominación más en la escala penal, cuando la naturaleza de la pena no se cambia. Hubiera bastado bajar el mínimum de prisión al de arresto y establecer que cuando la prisión no pasa de tres meses puede también cumplirse en policía ó cuerpo de guardia y en sus casas las mujeres honestas, las personas ancianas y valetudinarias.

El privilegio que la Ley establece respecto de los que ejercen profesiones domésticas es una injusticia que no tiene ningún fundamento racional. Según este artículo un abogado, un médico ó un ingeniero tendrá que sufrir la prisión en la cárcel ó en la Policía, mientras un mucamo ó cocinero no estará obligado á salir de su casa para purgar su delito.

En casi todos los países que tienen en sus Códigos las penas de prisión correccional ó arresto, hay leyes que permiten sustituir esa pena corporal por la pecuniaria. En la República Argentina hay una ley especial, que permite esa sustitución cuando la prisión no pasa de dos años y el condenado no es reincidente.

En vista de lo que hemos expuesto sobre la inconveniencia de la pena de prisión tal como se cumple, escusamos entrar en mas consideraciones para encarecer las ventajas de la sustitución de esta pena por la multa, sea que esta se establezca en favor de la víctima ó de la Educación común como generalmente sucede. El condenado no sufre una reclusión infamante y desmoralizadora, trabajará para reparar el perjuicio que le causó la multa en su patrimonio y el Estado en lugar de pagar casa y comida al condenado, percibe fondos con que atender los servicios públicos.

No dice nuestro Código Penal, si los condenados á prisión ó arresto pueden obtener su gracia del P. E. Es lógico afirmar que si, porque si pueden obtenerla los más criminales podrán con mayor razón concedérsela á los menos criminales. Por lo demás la Constitución Nacional no hace distinción alguna y concede al P. E. la facultad de la gracia para todos los condenados.

#### IV

Pasando ahora á las penas privativas de libertad que consiste en la simple relegación ya sea fuera ó dentro del país, pero sin la reclusión carcelaria tenemos en nuestro Código el *destierro* y el confinamiento.

*El sentenciado á destierro, dice el art. 108 del Código Penal, será expulsado de la República y conducido por orden del Gobierno hasta ponerlo fuera del territorio, por un tiempo que no baje de dos ni exceda de seis años.*

Históricamente esta es una de las penas más importantes. En nuestra época es una pena escepcional y especial para ciertos delitos y de una ineficacia evidente.

Antiguamente la pena de destierro era gravísima; estaba equiparada á la pena capital y arrastraba siempre la infamia del condenado. Grecia y Roma la

emplearon en este concepto y no era raro encontrar personas que prefiriesen la muerte al destierro.

Es que en aquellas épocas el desterrado era un paria, un ser inferior, sin patria y sin hogar, sin familia, sin religión, desamparado por todas las leyes divinas y humanas á quienes todos tenían el derecho, de vejar y hasta esclavizar. De allí provenía que el condenado á esta pena fuese un martir donde quiera que pusiera los pies, desde que la hostilidad al extranjero era en aquella época una institución del Derecho Público Internacional, y todos los extranjeros se llamaban *bárbaros*.

En el estado actual de la civilización aquellas circunstancias han cambiado fundamentalmente. La comunidad de derechos, la confraternidad universal, la facilidad y rapidez de las comunicaciones intelectuales y comerciales entre todos los pueblos civilizados, el respeto por los derechos del extranjero que son asimilados á los hijos del país salvo los derechos políticos, hacen que moralmente hayan desaparecido las fronteras y que el mundo sea la patria de todos. Por esta circunstancia la pena de destierro ha perdido inmensamente su antigua importancia.

Beccaria opinaba que el destierro debía aplicarse á los delitos comunes más diversas haciendo de él una pena de carácter universal. «El que perturba la tranquilidad pública dice, el que no obedece á las leyes, el que viola las condiciones bajo las cuales los hombres se sostienen y defienden mutuamente, debe ser excluido de la sociedad esto es desterrado».

Hoy es inaceptable semejante doctrina. El delito común no es una lesión únicamente de la moral de un pueblo sino de toda la humanidad, y en este concepto no está ese castigo, aunque fuese eficaz, en armonía con la justicia y los procedimientos que las naciones se deben entre sí. «El culpable arrojado de un país debe necesariamente refugiarse en otro, y por todas partes á donde dirija sus pasos, allí le siguen sus perversas inclinaciones, el azote de su corrupción. Las demás naciones tendrían el derecho de negarles la entrada, en su territorio para que no se convierta este en guarida de bandidos y el país que dictara aquella ley se vería obligada á ver depender su cumplimiento de la voluntad de un país extraño.

Pero si no pueden aplicarse á los crímenes comunes en mérito de estas consideraciones, puede aplicarse á los crímenes políticos que revisten un carácter de moralidad muy diferente. Un hombre puede ser un mal ciudadano, un agitador peligroso en su país y ser en el extranjero. un hombre progresista y laborioso. La presencia de un culpable político, no tiene ordinariamente más que un peligro local; arrancado de entre los suyos, de entre sus medios de poder y de acción, trasportado á otro país, desde donde, si bien puede seguir conspirando merced á la facilidad de la correspondencia y á la solidaridad que ofrecen los partidos políticos de todos los países, es lo cierto que su influencia mermará muchísimo y sobre todo se habrá prevenido sus movimientos.

Nuestro Código aplica, el destierro salvo muy raras excepciones, solamente á los delitos políticos.

Los desterrados que quebrantando su condena volviesen á entrar en el territorio de la República, serán castigados con la sexta parte más del tiempo de la primera condenación (art. 109).

Resumiendo podemos decir con el doctor Rivarola: que el destierro no debe aplicarse sino á los delitos políticos, pues á los autores de esta clase de



delitos á quienes puede causar un daño efectivo; que la pena de destierro muy grave en otras épocas y en otros países, ha perdido completamente ese carácter por las condiciones de la civilización moderna y por la abolición de la confiscación de bienes que le era accesoria. «En el mundo moderno nadie es extranjero, sino para el ejercicio de los derechos políticos y estos no consisten en nuestra actualidad, que en gozar de la benevolencia y la amistad de los que mandan, sea que en ellas tengan la culpa los gobiernos, sea que las tengan los partidos ó los individuos faltos de aspiraciones puras».

Art. 110. *La pena de confinamiento se cumplirá dentro del territorio de la República en el pueblo ó partido que elija el reo; con tal que diste del lugar en que se cometió el hecho, cincuenta leguas por lo menos.*

*Si el reo prefiriese salir de la República, el confinamiento se convertirá en expatriación, por el mismo tiempo.*

Art. 111. *El confinamiento no podrá bajar de dos años ni exceder de seis.*

El confinamiento no es entonces sino la relegación dentro del mismo territorio á un pueblo ó lugar distinto del de la residencia del condenado. Es lo que antiguamente se llamaba entre nosotros extrañamiento; con este nombre figura en las Leyes de Indias que nos regían en tiempo de la Colonia.

En el estado actual de la civilización el confinamiento, tal como lo establece nuestro Código, es una pena ridícula, que nada castiga ni previene. Felizmente son rarísimos en nuestro Código los casos de aplicación de esta pena.

Decimos el *confinamiento tal como lo establece nuestro Código*, porque en otra forma, como por ejemplo en la de la deportación muy empleada por Francia Inglaterra y otros países coloniales, es una pena temible y eficacísima aunque muy costosa y muy complicada.

Los confinados, no podrán durante el tiempo de la condena, desempeñar, cargos públicos, ni ejercer sus derechos políticos y si quebrantaren el confinamiento, sufrirán una sexta parte más del tiempo de la primera condenación (art. 113).

Antes de terminar esta lección merece recordarse una institución que empieza á abrirse camino en las sociedades europeas: nos referimos á la *condena-ción condicional*. Ella consiste, tratándose de delitos de poca gravedad, en esto: en lugar de imponer al delincuente inmediatamente la pena de cárcel por poco tiempo, se dicta la sentencia condenatoria, suspendiendo su aplicación por un término que varía entre cinco y diez años; y si en este intervalo de tiempo, el autor del hecho no reincide, se le aplica la pena del primero más la que corresponde por el segundo. Por este medio se considera que podría darse satisfacción á las exigencias sociales y á la ley, sin necesidad de que el Estado tuviera que soportar los gastos que el numeroso contingente de delincuentes demanda, y sin que se hiciera sufrir al autor del hecho la privación de la sociedad.

Este punto ha sido discutido en la Unión Internacional de Derecho Penal; en Filadelfia existe una ley á este respecto; en 1888, en Bélgica se dictó otra ley y después en Francia á principios de 1891, se dictó otra semejante. El hecho de haberse incorporado á varias legislaciones, prueba que esta institución tiende á hacerse práctica.

## LECCIÓN XIX

I *Penas privativas del honor y humillantes:* inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad y reprensión—II *Penas pecuniarias:* multa, comiso, caución, costos y gastos—III Responsabilidad civil de los autores de un delito.

### I

Ya hemos visto en otra parte cual es para nuestra legislación el concepto de las penas *privativas del honor*.

De esta clase de penas nuestro Código establece y aplica la *inhabilitación* la destitución y la suspensión.

La pena de inhabilitación consiste en la declaración hecha respecto del inculpado por la autoridad competente, de ser inhábil ó incapaz de obtener algún oficio, empleo, cargo ó ventaja.

Según nuestro Código la inhabilitación puede ser *absoluta* ó *especial*.

La inhabilitación absoluta produce:

1º. La pérdida del empleo ó cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular.

2º. La privación de todos los derechos políticos, activos y pasivos durante el tiempo de la condena.

3º. La incapacidad para obtener los cargos empleos y derechos mencionados igualmente por el tiempo de la condena (Art. 118 Cód. Penal).

Los derechos políticos activos y pasivos á que se refiere nuestro Código son el derecho de obtener destinos y la facultad de elegir y ser elegido para los cargos públicos. Así lo ha declarado la Jurisprudencia Universal y algunos códigos que han hecho en su mismo texto una manifestación expresa sobre este particular; v. y gr. el Código Uruguayo.

La inhabilitación *especial* para empleo ó cargo público, produce la privación del cargo ó empleo sobre que recae y la incapacidad de tener otro durante la condena.

La inhabilitación especial para derechos políticos produce la incapacidad de ejercer durante la condena aquellas sobre que recaen (Art. 119 Cód. Penal).

No hay en nuestro Código Penal, ningún delito que tenga por pena principal ó accesoria, la inhabilitación especial de ciertos derechos políticos.

Falta aquí un cambio de la inhabilitación profesional, que nuestro Código aplica á varios y muy importantes delitos: tales son por ejemplo la inhabilitación especial para ejercer la defensa á los abogados y procuradores que prevarican, la de ejercer la medicina á los médicos y parteras que emplean su ciencia en causar abortos, la del ejercicio del comercio á los fallidos, etc.

La pena de destitución consiste en la privación al reo del cargo ó dignidad que investía.

Se cumple esta pena privando al penado del empleo ó cargo público que ejercía (Art. 120 C. P.)

La pena de la pérdida del empleo importa la pérdida de todos los servicios que en él hubiesen prestado los reos (Art. 120).

Quiere decir con esto nuestro Código que quien ha perdido un cargo por destitución, no puede hacer valer los servicios anteriores á esa sentencia á los efectos de obtener los premios, pensiones, jubilaciones, prelación en los ascensos y otras ventajas que se adquiere en los puestos públicos por razón de la antigüedad.

Esta disposición se funda en que esas ventajas acordadas por el Estado á los servidores antiguos con buena nota, tiene algo parecido con la prescripción adquisitiva del derecho, respecto de las cosas ocupadas ó sin dueño, Y así como en la prescripción se necesita ante todo la buena fé, no interrumpida por ningún requerimiento ó sentencia desfavorable, así también para la consecución de los premios administrativos se necesita buena conducta no interrumpida por una sentencia condenatoria.

Agrega el mismo art. 120 de nuestro Código Penal, que los reos que perdiesen sus empleos por sentencia no pueden ser promovidos por un nuevo nombramiento á otros de la misma ó diversa naturaleza á no ser que haya declaración expresa de rehabilitación.

El principio que preside á esta disposición es tanto de justicia como de conveniencia general. El Juez á quien se priva de su Juzgado no debe recibir otro, dice Pacheco; el jefe civil no debe ser encargado de otro gobierno.

La pena de suspensión consiste en la privación temporal del uso ó goce de la ventaja, honores ú emolumentos inherentes á un cargo ú oficio.

La suspensión de un cargo público, se cumple impidiendo que el penado lo ejerza durante la condena, como también cualquier otro empleo á no ser de elección popular. La suspensión de derechos políticos inhabilita para su ejercicio durante el tiempo de la condena (art. 121 Cód. Penal).

En nuestro Código no hay ningún delito castigado con la suspensión de derechos políticos ni en general ni en particular.

Entre tanto es muy frecuente la suspensión profesional que no vemos, registrado en esa disposición.

Por las disposiciones antedichas queda confirmada, que la privación del honor que establece, no es la del honor de hombre ni de ciudadano, sino el honor anexo á los cargos y puestos públicos.

Las penas privativas del honor que establece nuestro Código, son muy útiles y proporcionadas dice Obarrio cuando no se abusa de ellas y no se aplican sino á ciertos hechos que tienen con ellos ciertas analogías. Sería inconveniente y poco eficaz, castigar una injuria por ejemplo privando al injuriante del voto electoral, pero sería muy lógico y razonable que un funcionario á quien se probare sus abusos, quedara privado de sus funciones por siempre ó por algún tiempo y de desempeñar destinos de la misma naturaleza. Por los demás estas penas tienen los caracteres de morales, divisibles, reparables, ejemplares y aun son algo reformadoras (Goyena).

Dice el art. 122 del Cód. Penal.

«Cuando la pena de inhabilitación, destitución ó suspensión recaiga en personas eclesiásticas, se limitarán sus efectos á los cargos y derechos que no

tengan por la iglesia. Los eclesiásticos incurso en dichas penas, quedarán impedidos en todo tiempo de su duración, para ejercer en el estado la jurisdicción eclesiástica, la cura de las almas y el ministerio de la predicación y para recibir las rentas eclesiásticas salvo la cóngrua.

Esta disposición no puede ofrecer dificultad alguna. Puede decirse que es hasta redundante. En efecto, bien sabido es, que los eclesiásticos son bajo ciertos aspectos, funcionarios públicos sujetos á las leyes comunes, sometidos á la autoridad soberana del Patrono de la Iglesia Nacional que es el Presidente de la República por órgano del Ministerio correspondiente, y bajo otros aspectos pertenece á una comunión universal cuya cabeza es el Papa. En el primer caso puede el Estado imponerles pena privándoles de ejercer mando ó autoridad dentro del territorio sujeto á la soberanía nacional; pero no en el segundo, porque el Estado no puede privarles de su investidura sagrada, no puede impedirles que sean obispos ó sacerdotes de la religión católica.

## II

Pasando ahora á las que nuestro Código llama penas *humillantes*, tenemos que ellas son: *la retractación, la satisfacción, la vigilancia de la autoridad y la reprensión*. La pena de *retractación*, consiste en obligar al reo á que se desdiga ó se desmienta verbalmente de lo que haya dicho escrito ó publicado. (Art. 123).

Esta pena llamada antiguamente *cantar la palinodia*, se verificaba en audiencia pública, en la que manifestaba el querellado, que había *mentido* en cuanto dijo, contra el querellante. Actualmente se verifica diciendo simplemente el demandado, que no ha tenido idea de ofender al demandante á quien considera una persona de buena reputación. Se imponía antiguamente en los casos de injurias graves y atroces, estando exento de esta pena el hidalgo ó noble, por aquello de ser humillante, debiendo en cambio pagar una multa al arbitrio del Juez. Ahora se la utiliza como medio de exención de pena ó de conciliación en las causas por calumnias ó injurias.

La pena de retractación no tiene importancia alguna en nuestro Código, por cuanto en él no hay ningún delito al que se aplique esta pena. De modo que si bien existe esta pena de *derecho* en nuestro sistema penal, de *hecho* puede decirse que no es tal pena, por cuando ningún papel desempeña en la legislación como castigo de algún delito.

Puede que se nos observe lo contrario, esto es, de que la retractación es aplicable á todos los delitos, fundado en la última parte del art. 50 que dice: *la retractación es aplicable á los cómplices de cualquier grado como á los autores principales*. Pero es notorio á la simple vista que dicho precepto es una tontería. La retractación por su naturaleza y por su modo de ejecución no cabe sino como castigo de los actos de difamación ó de soberbia ¿de qué se retractarán, pues, los autores principales y los cómplices de un homicidio, un robo ó una violación? Esta disposición es un absurdo que no obsta en manera alguna, á que sea una verdad la afirmación que hemos sentado, de que la retractación es una pena inútil é inaplicable en nuestro Código. Mas vale así, porque como dice Garófalo es una necedad el obligar á decir á una persona lo que no quiere ó no siente.

La satisfacción en el Derecho Penal es la razón, acción ó modo, con que se sosiega ó responde enteramente á una querella.

Se cumple esta pena, confesando el reo sentenciado su delito ó culpa y manifestando deseo de que la persona ofendida se dé por desagraviada (art. 124).

Antiguamente se llamaba *súplica de perdón* y se imponía á las injurias leves. El injuriante manifestaba que se arrepentía de su acción y rogaba al ofendido le perdonase. También estaban exentos de ella los hidalgos.

Nuestro Código para nada aplica esta pena. No hay en él, ningún acto delictuoso que sea castigado con la pena de satisfacción.

La retractación y satisfacción serán públicas ó privadas.

Las públicas, se ejecutarán ante el juez y el escribano, á puerta abierta y delante de cinco personas por lo menos.

La retractación y satisfacción privadas se verificarán á puerta cerrada, con asistencia de las partes y del escribano solamente.

Los que sentenciados á cualquiera de estas dos penas, rehusaren cumplirlas puntualmente sufrirán en su lugar el máximo del arresto.

La retractación y la satisfacción no son recomendables como pena.

En efecto en la retractación y satisfacción públicas ¿quién se encargará de buscar las personas que deben ser por lo *menos cinco*, ante quienes debe retractarse el delincuente? ¿Deben ser ellas personas mayores de edad, conocidas del agraviante y agraviado ó pueden ser presentados cualquier menor ó extraño? ¿La retractación será consignada en un acto escrito, en el que firmarán los testigos presenciales ó no se dejará constancia de ella? Para conseguir el fin que parece proponerse la ley con esas ceremonias, mejor hubiera hacer de una vez que se publique esa retractación por la prensa.

En cuanto á la retractación y satisfacción *privadas* encontramos que racionalmente, es muy dudosa y remota la eficacia que como castigo ó enmienda pueden ejercer sobre un delincuente, una retractación ó una satisfacción secretas, así como es muy difícil encontrar un agraviado tan evangélico, que se dé por satisfecho de una ofensa que se le ha inferido públicamente y que merece tres meses arresto, con esa sencilla é inocente ceremonia efectuada sin más testigo que el juez y el escribano y que no ha de tener después ninguna publicidad.

Por todas estas dificultades y defectos las penas de retractación y satisfacción han desaparecido de la inmensa mayoría de los códigos modernos. Creemos firmemente que en nuestro próximo Código Penal nuevo ya no figurarán estas dos penas, no obstante que el Proyecto los contiene, porque ese Proyecto de Reformas tampoco las utiliza para nada.

La vigilancia de la autoridad como pena, es una especie de incapacidad que produce para el penado las obligaciones siguientes (art. 126).

1º. No variar de domicilio sin conocimiento de la autoridad encargada de su vigilancia.

2º. Observar las reglas de inspección que aquella le practique.

3º. Adoptar oficio, arte, industria ó profesión si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia.

Como pena principal la vigilancia de la autoridad no es aplicada en nuestro Código á ningún delito, pero sí como pena accesoria. Así se aplica á los autores de grandes crímenes después de sufrida su condena, á autores de delitos frustrado y tentativa y á los vagos. La ley entiende que debe tomar precauciones especiales respecto de ciertos individuos peligrosos, que debe ejercer sobre ellos una tutela particular, para impedir los daños que puedan ocasionar y garantizar á la sociedad de los ataques que pudieran traerle esos individuos.



Bajo este punto de vista, la vigilancia de la autoridad es recomendable y la registran como pena la gran mayoría de Códigos modernos.

Con todo, no han faltado quienes impugnaran esta pena, afirmando que su institución riñe con uno de los primordiales de toda pena racional, cual es la *enmienda* del delincuente. «Las medidas tomadas por la policía, dicen Chauveau y Adolphe, para asegurarse que el reo ocupa realmente la residencia que le había sido asignada, dan al hecho de la condenación una publicidad inevitable. Vigilado por los agentes subalternos, señalado á la desconfianza de los patrones, al recelo y al desprecio de los obreros, sospechados de todos los crímenes ocultos que se cometen en el lugar en que habitan; el reo no encuentra trabajo, la imposibilidad de ganar honestamente su pan ahoga en él toda esperanza de una vida mejor, y la miseria le arrastra nuevamente al crimen y á los presidios».

La pena de vigilancia, de la autoridad es en nuestro Código letra muerta, no solo por las dificultades materiales que ofrece su ejecución y porque no es aplicada á ningún delito como pena principal sino también porque la disposición que la establece no tiene sanción alguna.

En efecto; condenado un individuo á la vigilancia de la autoridad sino cumple con las obligaciones que le imponen el art. 126 del Cód. Penal ¿qué castigo tendrá? Ninguno, porque como nuestro Código no previó el caso, y no puede haber más penas que las que establece dicho Código. De modo que un condenado á la vigilancia de la autoridad si no cumple su pena ó las obligaciones que la constituyen no cabe otro castigo subsidiario como v. gr. en la retractación y satisfacción. La última de las penas humillantes establecidas por nuestro Código es la *reprensión*.

Esta pena consiste en la corrección, amonestación ó vituperio hecha por el Juez desaprobando lo que el reo ha dicho ó hecho.

La reprensión puede ser pública ó privada.

*El sentenciado á reprensión pública, la recibirá personalmente en la audiencia del Tribunal á puerta abierta.*

*El sentenciado á reprensión privada la recibirá personalmente en la audiencia á presencia del escribano y á puerta cerrada (art. 127.)*

La reprensión ha desaparecido de la mayor parte de los Códigos modernos por razones bien fáciles de comprender: la *reprensión pública*, porque sus efectos son muy desiguales según la condición del agraviado; una reprensión que sería una humillación atroz para un hombre de honor es una comedia ridícula para un palurdo; y la reprensión privada porque por su forma no puede ofrecer ninguna ventaja como pena, ni como enmienda. Es completamente irracional é inocente.

Antiguamente se aplicaba la reprensión á los padres ó cónyuges que promovían escándalos ó maltrataban á su familia. Nuestro Código no aplica dichas penas á ningún delito, razón por la cual es lo mismo que si no existiese en nuestra legislación.

### III

Nuestro Código establece una clase de pena que llama *pecuniarias*, porque efectivamente sus efectos se dirigen única y especialmente contra el dinero ó bolsillo de los condenados á dicha pena. Estas son; *la multa, la caución, comiso, costos y gastos*.

La multa, consiste en el pago de una suma de dinero que el delincuente debe hacer en razón de su delito. Por consiguiente la pena de multa obliga al reo al pago de la cantidad pecuniaria á que ha sido condenado en la sentencia. (Art. 128).

Como ya lo hemos visto al hablar de la Historia de la penalidad, la multa es una de las penas más antiguas que se conocen. Con el nombre de *composiciones* aparece en las legislaciones de los tiempos más remotos.

La Historia atestigua por otro lado, que esta pena tuvo mucho mayor importancia en los tiempos pasados que en la actualidad desde que se aplicaban en mucho mayor extensión que en la época presente. En el sistema penal de los tiempos antiguos la multa aparece aplicable á una gran cantidad de crímenes y delitos que en el presente no admiten esa pena; tales, como los delitos contra la honestidad, el honor, la propiedad, las lesiones y hasta el homicidio.

En los tiempos que pasamos de gran civilización y progreso, la multa sigue ocupando un puesto importante en el sistema penal moderno por algunas cualidades que la hacen muy recomendable. La multa graduada en una cierta proporción, tiene efectos útiles y conviene perfectamente á cierta clase de delitos. Es divisible casi al infinito, descendiendo hasta los grados más ínfimos de la escala penal y puede ponerse en relación con los delitos más ligeros. Es además reparable, pues en tal caso solo se trataría de efectuar el reembolso. No hay pena en fin dice Bentham que pueda aplicarse con más igualdad á los delincuentes, porque reduciéndose todo el mal que produce esta pena á la simple privación ó la pérdida de tal suma, ella puede ser fácilmente proporcionada á la fortuna de los delincuentes.

Este no obstante, en esta materia la distancia es grande de la teoría á la práctica, y esta igualdad relativa de las multas, es uno de los problemas más difíciles de la legislación penal. Todos los códigos se han propuesto resolverlo, pero sus disposiciones son insuficientes, ó porque son muy vagas, ó porque son muy injustas ó porque libran mucho á la arbitrariedad del Juez.

Esta dificultad proviene de que la multa es un castigo de un género singular, que no guarda analogía con ninguna de las restantes que instituye la ley. Mientras estos caen sobre la persona ó sobre la libertad que tienen el mismo valor en todos los hombres, aquel afecta una cosa muy distinta, que varía al infinito de una persona á otra. Son tan diversas, tan heterogéneas, tan poco parecidas las fortunas cuanto es la diferencia entre el opulento príncipe, banquero ó empresario y el mendigo.

«De aquí dice Pacheco, que si un castigo personal, como la muerte ó el presidio, afecta del mismo modo ó de modo algo parecido á todos los hombres, un castigo pecuniario es lo más desigual que puede concebirse, cuando idéntico en su expresión recae sobre dos personas de diferente riqueza. La pena de muerte priva de la vida al poderoso y al necesitado y la vida es igual para ellos; una multa de mil reales hará sonreír á nuestros cresos de la Bolsa, en tanto que sería la confiscación para un menestral, que ni aun vendiendo todos sus bienes llegaría á juntarle. Consecuencia de todo esto era que las penas pecuniarias exigían consideraciones y reglas especiales, regla que como hemos dicho han sido buscadas con empeño por los códigos antiguos y modernos, sin que hasta ahora se pueda encontrar una solución que satisfaga plenamente las exigencias de la justicia y de la ciencia.

El derecho romano estableció la multa como pena de ciertos delitos; pero

los jurisconsultos declaraban nulas ipso-jure las excesivas, pudiendo el Juez disminuirlas y perdonarlas del todo á los pobres.

Las partidas dicen por toda regla: «los juzgadores deben catar cuando dan pena depecho, si aquel á quien la dan es pobre ó rico. Pues menor pena deben dar al pobre que al rico porque manden cosa que puede ser cumplido».

«La mayor parte de las legislaciones modernas dejan á la discreción judicial la extensión de las multas. El Código Penal de Austria repite con frecuencia esta fórmula: *multa proporcionada* á los medios del culpable. La gran carta de Inglaterra, proclama que la pena pecuniaria debe ser conforme á las facultades y situación del culpable, que nunca debe ser tan grande, que obligue á un arrendatario á abandonar su campo, al comerciante á dejar su negocio y al labrador á vender sus instrumentos de cultivo..... El Código del Brasil ha adoptado otra sistema. El art. 55 de este Código, sienta un principio general concebido así: «La pena de multa obliga á los culpables al pago de una suma pecuniaria, que se reglará siempre por la renta que los condenados pueden sacar cada día de sus bienes empleo ó industria». Si este principio pudiese traducirse en una aplicación fiel, la cuestión de la medida de las multas debía considerarse como resuelta, porque con semejante regla la multa dejaría de ser ilusoria para el rico y agravante para el pobre y pesaría del mismo modo sobre todas las clases de la sociedad. ¿Pero tiene acaso el Juez, medios de calcular con exactitud las rentas de cada delincuente? Como reunirá los elementos de este cálculo, cuando ellos tengan interés en ocultárselos? Y si cae en algún error, si su cálculo es inexacto ¿no resulta inmediatamente la desigualdad de la pena? La base es justa pero no basta, sería menester además haber agregado los medios de hacer su exacta aplicación (Chaveau Adolphe).

En el terreno de la doctrina, Filangieri y Bentham, proponían se fijara una porción de la fortuna del culpable como una vigésima ó una trigésima parte; pero este sistema mantiene la desigualdad haciendo sin razón de la fortuna una circunstancia agravante. Lúcas sugería la idea de establecer un máximun dejando á los jueces, la facultad de rebajarla indefinidamente. Pero no á este respecto que existe la dificultad, sino en la cuestión de proporcionar la renta real y positiva de cada culpable.

Nuestro Código ha resuelto la cuestión diciendo: *que la multa será siempre proporcionada á los bienes empleos ó industria del delincuente, salvo los casos especiales de la ley*, (art. 128). Agrega el art. 130: «*en la aplicación de las multas los jueces podrán recorrer la extensión en que la ley permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía á más del caudal, las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho*».

Estas disposiciones no son aplicables, á las pequeñas multas, que la ley inflige á las contravenciones de Policía. Respecto de estas infracciones la multa dice un escritor más que una pena es una advertencia. Su objeto verdadero puede decirse que es solamente despertar la atención de los ciudadanos, sobre la necesidad de conformarse exactamente á las reglas de policía, y la multa en tal caso puede ser ligera aun respecto de los ciudadanos más ricos.

*La multa nunca podrá imponerse como pena principal en materia criminal* dice el artículo 131 de nuestro Código Penal. No sabemos qué razón ha tenido el legislador para estampar esta disposición que á más de ser inconveniente está en abierta contradicción con muchas otras disposiciones del mismo Código. Citaremos solamente los artículos 308, 273 en que se impone como

única pena la de multa á delitos bastante graves. Y siendo única la pena no puede menos que ser principal: El artículo que vamos estudiando debe desaparecer porque no tiene objeto alguno.

Dice el art. 128 que si el condenado *rehusase ó no pudiese pagar la multa, sufrirá prisión equivalente según el arbitrio del Juez, la cual sin embargo no podrá pasar de seis meses.*

Esta disposición ha sido criticada, en nuestro juicio con razón. Bien sabemos lo perniciosa que es bajo el punto de vista moral la pena de prisión, así como sus inconvenientes económicos, porque hace pesar toda la carga de la mantención de los reos sobre la sociedad á la que han ofendido con sus delitos. Con la sustitución de la pena de multa con la de prisión el estado en lugar de obtener las ventajas que hubo de proporcionarle la primera, no solamente la pierde sino que se vé obligado á desembolsar dineros para mantener al condenado, que en la prisión no está obligado á trabajar. Mucho mejor sería obligar al reo á la reparación por medio de la coerción al trabajo, obligándole á depositar periódicamente cierta suma en pago de su delito, y si no quiere trabajar se le priva de su libertad y se le obliga al trabajo dentro de la misma cárcel so pena de verse privado indefinidamente de su libertad ó morir de hambre si se rehusa hacerlo. Hay que proceder enérgicamente, dice Garófalo, contra los reincidentes de pequeños delitos, los viciosos y los vagos llamados por los positivistas los *microbi s del delito*, porque aquellos como estos animalitos tienen una fuerza inmensa de propagación y causan al Estado incalculables perjuicios.

Esta disposición está por otra parte en contradicción con lo que establece el artículo 113 del mismo Código Penal: Allí se dice que la *pena de prisión nunca puede bajar de un año* mientras que aquí se aplica la prisión con la expresa prohibición de que pueda pasar de seis meses.

Nuestro Código no establece tampoco en que relación se encuentra la multa con la prisión—es decir á cuantos pesos de multa equivaldrá un día de prisión, lo que constituye otro grave defecto que hace muy difícil la explicación de ese artículo.

La pena de *caución* consiste en presentar fiador abonado, que responda de que el penado, no ejecutará el mal que con ella se trata de precaver, ó que si lo causase pagará la cantidad, que haya fijado el tribunal en su sentencia (art. 132).

La pena de caución, que antiguamente se llamaba de *non offendendo*, se recomienda naturalmente en los delitos de amenazas, tentativas de delitos no muy graves etc. Fácilmente se concibe dice Pacheco su eficacia en estos casos, por la naturaleza de los actos que con ella se impide.

En Inglaterra es muy usada esta pena y es nuestra opinión que con ella debe ser totalmente sustituida la pena de vigilancia de la autoridad cuyos defectos é inconvenientes hemos visto en otro lugar.

Para la duración y cantidad de la caución no se fija límites por la ley; ambos quedan librados al arbitrio prudente del juez, quien apreciará mejor, las circunstancias de cada caso. (Art. 132).

Si no se diere caución por el penado sufrirá éste una prisión proporcionada. Así lo impone el art. 131 ya citado, pero no establece este precepto la relación que hay entre el valor de la caución y la prisión, defecto que hace en la práctica inaplicable esta disposición.

La pena de *comiso* es una pena accesoria á toda condenación, que consiste

en la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutan. Los unos y los otros serán decomisados á no ser que pertenezcan á un tercero no responsable del crimen ó delito (art. 133).

Esta pena llamada en el Código francés confiscación especial está aceptada por todas las legislaciones penales modernas, que conocemos. Hablando de ella dice Cauveau Adolphe, que los jueces no pueden convertir la confiscación de su valor, porque esta confiscación es una pena particular, cuya naturaleza no es dado á los jueces alterar; lo que con ella se persigue es desapoderar al culpable de un objeto determinado, el instrumento ó el fruto de un delito y este objeto no podría conseguirse si se admitiese al inculcado pagar su precio.

Lo que debe hacerse con los objetos comisados, no indica la ley. En algunos países se guardan en depósitos públicos con el objeto de formar un museo ó galería de importancia especial. En otras partes se venden en remate público de tiempo en tiempo. El doctor Rivarola es de opinión, que cuando por su acumulación se hace forzoso deshacerse de ellos, deben ser destruidos, porque no es lícito que vuelva al poder de un ciudadano el puñal ó el revolver de un asesino y porque esas armas tomadas á los criminales son de poco valor.

Entre nosotros se guardan en los juzgados del crimen, hasta que desaparezcan por sí solos, sin que nadie se ocupe de averiguar su paradero—De los que no pasan de la policía, hacen lo que quieren los empleados y agentes de esa repartición; los dedican á su propio uso, los venden los empeñan ó los tiran sin que nadie los incomode por ese motivo.

Nuestro Código Penal establece por fin las penas pecuniarias accesorias del pago de las costas y los gastos del juicio á los condenados por todo crimen ó delito, cuando procede por derecho esa condenación. (Art. 134).

Las costas comprenden únicamente según el art. 135 de nuestro Código, el abono de derechos é indemnizaciones, que consisten en cantidades fijas é inalterables, por hallarse anticipadamente determinada por las leyes vigente v. gr: el abono del papel sellado los honorarios de los actuarios etc. *Gastos del juicio* son según ese mismo artículo 135, todas las indemnizaciones y derechos que no sean costas; tales son los honorarios de procuradores y abogados, peritos, gastos de traslación y estadía en el lugar del crimen, indemnizaciones á los testigos etc. El importe de estas se fijará por el Tribunal, previa audiencia de parte (art. 135).

Las penas de resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio y pago de costas procesales, se entienden impuesta por la ley á los autores de todo crimen ó delito y á sus cómplices encubridores y demás personas legalmente responsables (art- 136).

«El principio que hace de cargo de los condenados las costas y gastos del proceso ha sido contestado por espíritus muy generosos. Según ellos la justicia es una deuda del Estado y toca por lo tanto al Estado reportar sus gastos. Además los culpables reciben la pena que la ley ha considerado proporcionada á la gravedad del delito y no parece justo hacerles soportar otro adicional que destruye la armonía del primer castigo, y que es variable hasta el infinito según las diversas necesidades del procedimiento, escapa á la fijación del Juez, y cae abrumante ó ligera sobre acusados de una misma culpabilidad. Finalmente los gastos de una información judicial no son como los daños y perjuicios, la consecuencia inmediata y directa del hecho del acusado. Ellos to-



man su origen, no en el delito, sino en el procedimiento, en la acción penal, en la acción civil, en la acción pública, en la acción privada por la sociedad para la represión. ¿Porqué ha de sufrir el acusado la consecuencia de las formas más ó menos onerosas, más ó menos prolongadas de esta acción?»

«Por especiosas que sean estas consideraciones, no nos parecen bastantes para rechazar en principio esta condenación. Cometer un delito es contratar con la sociedad, es imponerse la obligación de una reparación. Tal es la sanción y la condición misma del orden social. Ahora bien, esta reparación no consiste solo en una aplicación pública y solemne de la pena.

Ella no sería completa, sino comprendiese también todas las consecuencias del delito. Así, los daños y perjuicios son la compensación del mal privado que causa, y el reembolso de las costas, no es más que la reparación del daño producido por el proceso. Este proceso no es un hecho extraño al acusado y de que no deba responder, es la consecuencia social del hecho que ha cometido la ejecución del contrato que ha verificado con la sociedad: si sucumbe, pues, debe soportar los gastos. Objétase, que la justicia es una deuda del Estado, pero aquí es el caso de hacer una distinción. El Estado soporta y debe soportar todos los gastos que se relacionan con la institución general de los Tribunales. Pero las que solo tienen por fin llegar á la verificación de un hecho, pueden sin injusticia pesar sobre su autor, porque tienen estrecha conexión con este hecho, toman su nacimiento de él, no existen sino por efecto de su perpetración, y constituyen un verdadero daño civil, que el culpable debe soportar. Es de necesidad por otra parte que estos gastos recaigan en definitiva sobre el acusado ó la sociedad. ¿Porqué exoneraríamos de ellos al culpable cuya falta es la que ha obligado á hacerlos, para echarlos sobre todos los miembros de la sociedad que ninguna parte han tenido en ella?» (Chauveau Adolphe).

Para concluir esta parte observaremos que en el catálogo de las penas establecidas por nuestro Código Penal, no vemos registradas algunas que en él se aplican á ciertos delitos: tales son el apercibimiento judicial, la amonestación y el servicio militar en la frontera.

Pasemos ahora á la responsabilidad civil proveniente de los delitos.

*Responsabilidad civil de los autores de un delito.* De todo delito nace una acción penal por la imposición del castigo correspondiente y una acción civil por la indemnización de los perjuicios causados. Así la establece nuestro Código Penal en su art. 68 en que dice: *toda persona responsable criminalmente de un delito, lo es tambien civilmente segun las disposiciones del cap. 5º título 2º de la Sección 2ª del mismo Código.*

A esta disposición debe agregarse: «y según los preceptos de los capítulos 1º, 2º, 3º y 4º del Título VIII, Sección 2ª, Libro 2º del Código Civil», que trata esta materia mucho mejor y más extensamente que el Código Penal. Nuestro Código Civil que considera el delito como una fuente de obligaciones, tiene sobre este particular una estrechísima relación con el Código Penal y la responsabilidad civil proveniente de un delito debe estudiarse por lo tanto combinando las disposiciones de ambas leyes.

El art. 68 que estudiamos concordante con el art. 1077 del Código Civil, abraza en su disposición á todos los autores, cómplices ó encubridores, á los que han cometido el delito de un modo ordinario ó á los que llevan consigo circunstancias atenuantes ó agravantes (art. 1081 Código Civil).

Con todo hay crímenes y delitos en los que no es posible ni cabe conce-

birse la responsabilidad civil, porque con ellos no se ha causado mal á individuo alguno y por tanto no hay daño que reparar. Tales son los delitos políticos sin mezcla de crímenes comunes. En estos casos no hay parte civil; el debate es solo entre el Estado y el delincuente.

La responsabilidad civil comprende según el art. 137 del Código Penal.

1º *La restitución de la cosa*

2º *La reparación del daño causado*

3º *La indemnización de perjuicios.*

Desde luego se vé dice Pacheco, que los tres hechos, concurrirán de consuno pocas veces, y que será lo mas ordinario que la responsabilidad en cada caso, se cifre en dos de ellos y aún en uno solo. El que ha robado deberá ante todo restituir; y solo cuando la restitución no pueda verificarse, es cuando tendrá efecto la reparación para suplirla. El que ha causado un daño material debe reparar y subsidiariamente indemnizar. El que ha causado una lesión, una muerte deberá indemnizar; este no tiene que restituir, ni reparar. Mas aún es posible que se reunan los tres hechos, cuando ninguno de ellos satisfaga el mal causado, y si así sucediese, no habrán los Tribunales de vacilar en imponer los tres, desde que la voluntad de la ley es que de cualquier modo se satisfaga la responsabilidad civil.

La reparación deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible con abonos de deterioros ó menoscabos (aunque fueran causados por fuerza mayor ó caso fortuito), á regulación del Tribunal, y aunque la cosa se haile en poder de tercero salvo el derecho de éste si fuese inculpable para reclamar su valor de quien corresponde (artículo 138 del Cód. Penal y 1091 Cód. Civil). Si la cosa no existiese ó la hubiese ganado por prescripción un tercer poseedor la restitución se hará con el precio corriente de ella, agregándose el de estimación si lo tuviese. (art. 139 Penal).

La *reparación* se hará valorándose la cantidad del daño por medio de peritos si fuere practicable, ó por el prudente arbitrio del Juez, atendiendo el precio natural de la cosa, siempre que fuese posible y el de afección del agraviado. (Art. 140 Cód. Penal).

Si el dueño prefiere el valor total de la cosa, se procederá según lo dispuesto por el artículo anterior, pasando la cosa á la propiedad del responsable (art. 141).

La *indemnización* de los perjuicios comprende no solo los que se causaron al ofendido, sino también á los que por razón del delito, se hubiesen irrogado directamente á su familia ó á un tercero. Su regulación se hará prudentemente por el Juez en defecto de plena prueba (art. 142 Cód. Penal).

Si el delito fuese el de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda é hijos del muerto quedando á la prudencia de los jueces fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla (art. 1085 Cód. Civil.) El derecho de exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior compete á cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata. La indemnización de la segunda parte del artículo, sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente ó por los herederos necesarios del muerto, sino fueren culpados del delito como autores ó cómplices, ó si no lo impidieron pudiendo hacerlo (art. 1085 Cod. Civil.)

Si el delito fuere por heridas ú ofensas físicas, la indemnización consistirá



en el pago de todos los gastos de la curación y convalecencia del ofendido y de todas las ganancias que éste dejó de percibir hasta el día de su completo restablecimiento (art. 1086 Cód. Civil.)

Si el delito contra la libertad individual, la indemnización consistirá solamente en una cantidad correspondiente, á la totalidad de las ganancias que cesaron para el paciente, hasta el día que fué planamente restituido á su libertad (art. 1087 Cód. Civil.)

Si el delito fuese de estupro ó de raptó, la indemnización consistirá en el pago de una suma de dinero á la ofendida, si no hubiese contraído matrimonio con el delincuente. Esta disposición es extensiva á la violación de cualquiera mujer honesta (art. 1088).

Si el delito fuese de calumnia ó injuria de cualquier especie, el ofendido solo tendrá derecho á exigir una indemnización pecuniaria, si probase que por la calumnia ó injuria, le resultó algun daño efectivo, ó cesación de ganancia apreciable en dinero, (art. 1089 Cód. Civil.). Si el delito fuese de acusación calumniosa el delincuente además de la obligación del artículo anterior, está obligado á pagar todo lo que el ofendido hubiese gastado en su defensa (art. 1090 Cód. Civil.).

El derecho de pedir indemnizaciones por los delitos contra la propiedad, corresponde al dueño de la casa, al que la posee por cualquier título, y al acreedor hipotecario, aun contra el dueño mismo de la cosa, si este hubiese sido autor del daño (art. 1095 C. Civil.).

La obligación de indemnizar es preferente á todas las que contraiga el responsable después de haber cometido el delito (art. 143 Cód. Penal.).

La responsabilidad civil pesa solidariamente sobre todos los culpables. El Juez asignará sin embargo á cada delincuente, la cuota proporcional que le corresponda, atendiendo á su culpabilidad y facultades, y al lucro que hubiese reportado, á fin de que pueda pedir reintegro el que hiciese el pago (art. 69 Cód. Penal).

La responsabilidad civil pasa á los herederos del ofensor y el derecho de exigirla se trasmite á los herederos del ofendido (art. 70 Cód. Penal.).

El que por título lucrativo participe de los efectos de un crimen está obligado al resarcimiento, hasta la cuantía en que hubiese participado (art. 71).

Por el artículo 72 Cód. Penal los locos, los menores de edad y los que delinquen á consecuencia de un miedo insuperable, no están exentos de responsabilidad civil por más que lo estén de la criminal.

La responsabilidad civil del loco ó el demente se hará efectiva en los bienes propios del mismo, siendo subsidiariamente responsables los guardadores á no ser que estos prueben no haber tenido culpa, ni haber sido negligentes en el cumplimiento de sus deberes.

Por los menores de quince años responderán el padre, la madre ó los guardadores en los mismos términos del precepto anterior.

Por los que delinquen á consecuencia de miedo grave ó fuerza irresistible responden los que causaron el miedo ó hicieron la fuerza, pero en el caso de miedo responderá tambien subsidiariamente el que los sufrió.

Podríamos agregar al art. 72 del Código Penal que vamos estudiando, que en el caso de irresponsabilidad criminal de una persona por haber causado un mal para evitar otro mayor, *debe ser civilmente responsable la persona en cuyo favor se ha precavido el mal en proporción del beneficio que hubieran reportado*. Es esta disposición muy justa y razonable porque á nadie es dado

aprovecharse de la destrucción de la cosa ajena, cuando esa destrucción se hizo en beneficio directo del favorecido.

Entre los responsables civilmente que no son criminalmente deben estar también incluidos los que *causaron un mal por mero accidente*. Para que de un daño que hemos causado dice Pacheco, no se nos siga responsabilidad penal, ni responsabilidad civil, es necesario que no solo nos hayamos conducido con inocencia, sino también con derecho.

Cuando esto no sucede, no habrá delito, no llevaremos pena, pero indemnizaremos el mal que hemos producido por nuestra obra. Si por accidente hemos matado á un trabajador ¿qué ley nos ha de eximir de indemnizar el daño á sus hijos desválidos y huérfanos?

Establece el art. 73 del Código Penal, que cuando se declara la responsabilidad civil de los incapaces, se les dejará á salvo el beneficio de competencia según las leyes civiles.

Este beneficio consiste en reservar al loco ó al menor, lo necesario para sus alimentos según su clase y educación.

Son también responsables civilmente en defecto de los que lo sean criminalmente; los posaderos, taberneros, ó personas, que estén al frente de establecimientos semejantes, por los delitos que se cometieren dentro de ellos, siempre que por su parte intervenga infracción de los reglamentos de policía. Son además responsables subsidiariamente, los posaderos de la restitución de los efectos robados ó hurtados dentro de sus casas á los que se hospedaren en ellas, ó de su indemnización, siempre que estos hubiesen dado anticipadamente conocimiento al mismo posadero ó á sus dependientes del depósito de aquellos efectos en la posada. Esta responsabilidad no tendrá lugar en caso de robo con violencia ó intimidación en las personas á no ser ejecutado por los dependientes del posadero (art. 74 del Código Penal).

La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior, será también extensiva á los patronos, maestros y personas dedicadas á cualquier género de industria, por los delitos ó contravenciones en que incurran sus criados, discípulos, oficiales, aprendices ó dependientes, en el desempeño de sus obligaciones ó servicio (art. 75 Cód. Penal.) La restitución, reparación ó indemnización se llevará á efecto por vía de apremio y pago dice el art. 145 del Código Penal.

En nuestras leyes no se conoce otra vía de apremio que la vía ejecutiva y por consiguiente no podría referirse este artículo á otro medio de apremio, desde que la prisión por deudas civiles está abolida por nuestras leyes, y el art. 1096 del Cód. Civil establece que la indemnización proveniente de los delitos es un deuda civil, que debe perseguirse ante el Juez de lo Civil.

Con todo en la nota puesta por el doctor Tejedor al pié de este artículo vemos estas palabras: «Dispútese en buena hora sobre la conveniencia ó inconveniencia de la prisión por deudas civiles; pero por deudas que proceden de delitos, creemos sinceramente que no puede disputarse. Si consisten en reparaciones debidas, su carácter exige, que se busquen todos los medios morales, para que sean satisfechos y pagados... Bastante hace la ley en no conceder este apremio cuando solo se trata de costas ó gastos judiciales» De donde se desprende claramente, que nuestro Código Penal, admite que el apremio para hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente de un delito puede llegar hasta la privación de la libertad del deudor.

El principio que aparece en nuestro Código Penal, sustentado por su autor,

semeja á primera vista despótico, anticuado y contrario á todas nuestras nociones modernas sobre este punto; no obstante podría ser sostenido con ventajas sobre el principio contrario, en mérito de razones indiscutibles de orden científico y hasta de conveniencia práctica.

El problema de conseguir que la condenación al resarcimiento de daños y perjuicios no sea una académica declaración de derecho ó más bien como en la mayoría de los casos sucede una cruel ironía no podrá resolverse según Garófalo, si no se reconoce, el principio, de que siendo la obligación *exdelito* de diferente naturaleza que todas las demás, la ejecución forzosa de la misma debe también regirse por normas peculiares, diferentes de las que usan para las demás obligaciones civiles.

En efecto, dice ese escritor ¿que identidad puede encontrarse entre una deuda proveniente de un contrato, cuyo cumplimiento ha podido preverse y tomar las oportunas precauciones y una deuda proveniente de actos criminosos, es decir de un acto, que no ha violado una norma de conducta *convenida* entre dos personas, sino una norma de conducta *universalmente* aceptada, y contra la cual nadie piensa, que los demás quieran revelarse? De ordinario nadie contrata con un insolvente y si alguien lo hace será por falta de prudencia; por lo cual la pérdida que experimenta, resultará como un efecto de su propia ligereza; por tanto deberá sufrir resignado, el perjuicio que fácilmente pudo evitar, lo mismo que soporta la pérdida del capital aventurado en una empresa arriesgada.

«Por el contrario nadie está seguro contra los atentados criminosos, cualesquiera que sean las precauciones que tome. Las violencias y las asechanzas que son los medios empleados para cometer delitos, nos sorprenden á lo mejor en el ejercicio de nuestras pacíficas ocupaciones, como nos sorprende un rayo sereno del cielo. La guerra que los malhechores llevan de una manera no interrumpida contra la sociedad laboriosa y honrada, no lo hacen abiertamente con la frente alta y á bandera desplegada, sino que es una guerra de emboscadas y de traiciones, con careta, con el puñal oculto entre la capa. Todo el mundo está, por lo tanto, expuesto á ser víctima de un delito cometido por un insolvente. Ahora bien, si es justo que se deje en paz, al insolvente que sea deudor de una obligación civil ¿será asimismo justo que la insolvencia exima al delincuente de la reparación del mal que ha causado? Siendo tan distintos el origen y la naturaleza de la deuda, ¿no es lógico que también revista diferentes formas la coacción al pago? ¿Quién no advierte que la amenaza de una larga detención, con la obligación de atender al propio sustento, dentro de la cárcel, pudiera ser el único medio de obligar á las personas poco delicadas y poco sensibles como lo son de ordinario los delincuentes á hacer un esfuerzo para reunir la suma necesaria?»

Por otra parte es sabido que el Estado emplea este medio para conseguir el pago de las multas, aún en los casos en que representan las penas correspondientes á simples faltas, en tanto que á los particulares solo concede una acción civil de daños y perjuicios. Este hecho hace recordar según Garófalo, la conducta de cierto Sultán asiático, que despues de cada comida hacía pregonar lo siguiente: «El Khan ha comido; el pueblo se ha saciado».

Sin asentir completamente á este principio que haría interminable las prisiones por ciertas deudas de inmensa consideración, condenando al reo á una perpétua esclavitud, vgr. los casos de quiebra fraudulenta, solo diremos que sobre este punto no se ha podido aún llegar á una teoría satisfactoria. Agre-

garemos que es la parte más desordenada de las legislaciones de todos los países por lo mismo que entraña un problema de muy difícil solución. Entre nosotros el desorden sobre esta materia es espantoso.

En el caso de que los bienes del culpable no sean bastantes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán por el orden siguiente:

- 1° La reparación del daño causado é indemnización de perjuicios.
- 2° El resarcimiento de daños ocasionados por el juicio.
- 3° Las costas procesales.
- 4° La multa.

No ofrece ninguna dificultad este precepto.

---

## LECCIÓN XX.

Causas de extinción de las penas—Generalidades—I. Muerte del culpable—II. Gracia: indulto, conmutación y amnistía—III. Prescripción—IV. Perdón del ofendido.

Cumplida una pena desaparece; el condenado se libra como el deudor que paga. Pero no es este solo modo de extinción de la pena, que se conoce en el derecho penal; hay además la *muerte*, el *indulto*, la *amnistía*, la *conmutación*, la *prescripción* y el *perdón del ofendido*.

### I

Dice el art. 162 de nuestro Código Penal.

*La muerte del delincuente extingue la pena en que hubiese incurrido.*

*Los herederos sin embargo están obligados á pagar la multa que se hubiese pronunciado contra él durante su vida.....*

El principio de la personalidad de las penas sancionado para todos los países civilizados, hace que la muerte del culpable produzca la imposibilidad de la aplicación de las penas. Ocurrida, la muerte, el peor mal ó dolor que puede aquejar á un ser humano, sería una injusticia ó un lujo de crueldad completamente inútil, hacer trascender á sus herederos inocentes ó ultrajar el cadáver del culpable con penas ridículas y absurdas como se hacía antiguamente.—La civilización ha condenado definitivamente tales iniquidades y actualmente con la vida del culpable se extinguen todas las condenaciones criminales de que se hizo pasible.

Como una excepción á esta regla general, tenemos no obstante que la multa es por nuestro Código trasmisible á los herederos del culpable cuando, la condena se pronunció contra él durante su vida.

Sin embargo esta desviación de la regla general no ha sido universalmente aceptada. En su contra se alega que es de la esencia de la pena no trascender sobre un tercero irresponsable. Los herederos son responsables de las obligaciones civiles del causante, porque estas solo provienen de daños que nada tienen que ver con la moralidad y con el orden social; pero nó de penas que consisten en la violación de deberes fundamentales, que suponen en el autor una cualidad especial inherente á su persona, la cualidad de delincuente. Además, desde que la multa, equivale á la pena corporal, cuando el deudor se niega á abonarla, resulta que, ó habría de someterse al heredero á las consideraciones corporales ó habría de someterse dos penas equivalentes á reglas muy diversas sin razón alguna.

Estas razones no han sido suficientes á los ojos de nuestra legislación para levantar la escepción que nos ocupa. Se admite que no puede haber condena-

ción ó multa despues de muerto el reo, pero no que la condenación se haga efectiva en sus bienes despues de muerto, desde que en vida hubo sentencia condenatoria, y no es ya una simple acción la que queda, sino un derecho adquirido, una deuda pecuniaria en favor del Estado. Además, si las otras penas no se aplican despues de la muerte del reo, es porque con éste desaparecen todos los derechos á que pueden aplicarse esas penas, mientras que la multa como pena que solo afecta los bienes del culpable no hay injusticia ni inmoralidad en que se cumpla sobre los bienes del reo premuerto; ya que la sentencia condenatoria solo tuvo por objeto la confiscación parcial de esos bienes, y estos no han cambiado de naturaleza por la muerte del dueño condenado. La pena de multa solo sería injusta si se hicieran efectiva en bienes propios de los herederos; pero no es esta ni puede ser la mente de nuestro Código, sino de que los herederos respondan de esa pena en proporción ó hasta la concurrencia del provecho que han conseguido por muerte del condenado.

## II

*La amnistia, el indulto y la conmutación* no son sino modalidades del derecho de *gracia*. Este derecho que de antiguo ha venido concediéndose á otro poder diferente del judicial, con el objeto de moderar el rigor de la justicia penal, consiste en la facultad concedida al P. E. de perdonar ó permutar las penas impuestas por el Poder Judicial.

Se llama *amnistia*, «una disposición emanada del poder competente, que cubre con el velo del olvido las infracciones de una cierta categoría, sea aboliendo las persecuciones hechas ó por hacer, sea las condenaciones pronunciadas por razón de esos delitos.»

Se llama *indulto*, otra disposición emanada de autoridad competente, que tiene por objeto evitar á una ó varias personas determinadas, el sufrimiento de las penas en que han incurrido por razón de ciertos delitos cometidos.

La *conmutación* es el cambio ó permuta de una pena mayor por otra menor.

Por medio de la *amnistia*, se borra el carácter criminal de ciertos delitos, se impide entablar ó proseguir acusación contra ellos ó ejecutar las condenaciones pronunciadas anteriormente. Por medio del *indulto* se deja en pié las condenaciones, pero se perdona la pena; y por la *conmutación* solo se alivia la condición del culpable disminuyéndole la pena.

La facultad de la *gracia*, que como hemos dicho abraza estos tres modos de extinción de penas es muy antigua, y no hay época, ni país civilizado en la Historia en que no aparezca este derecho en formas mas ó menos aceptables. Ese derecho es una práctica muy antigua heredada de otras épocas y que ha llegado hasta nosotros al traves de los siglos, aunque muy distinto de su forma primitiva.

En los primeros tiempos de la Historia dice Pacheco, en que puede decirse que no había legislación, en que los poderes del Estado se encontraban confundidos en la persona del príncipe, cuando este mas bien que otro nombre merecía el de Capitan y Juez, decidiendo en única instancia todos los litigios, nada mas sencillo, ni mas natural que esa facultad. Mas que perdonarse ó conmutarse, puede decirse que unicamente se resolvía el caso por el Juez soberano.

Viene despues otra época, en que no era ya el soberano quien juzgaba directamente, pero en que los encargados de juzgar, lo hacían por comisión, en nombre del soberano y por delegación suya, con el derecho de apelación ante él.

Tampoco hay nada mas sencillo, que el poder del delegante para revisar los juicios del delegado.

La marcha de la civilización, cambió con el transcurso del tiempo, las ideas y las instituciones. El poder de los soberanos se hizo distinto del poder judicial, hasta el punto de parecer un error, un abuso ó una tiranía cuando aquél arrebató ó invadía las facultades de éste. Apesar de que la justicia se administraba en nombre del soberano, se comprendió que el poder judicial no debía pertenecerle. La opinión y las leyes deslindaron la potestad gubernativa y la judiciaria, que no debían mezclarse en su ejercicio. Desde entonces la gracia, no procedió de ser el soberano el primero y gran justicia del país; pero la autoridad régia siguió siendo la primera entre las autoridades y bajo este concepto se le concedió facilmente esta facultad, ya que tenía en sus manos otras muchas mas importantes y terribles. Desde entonces el derecho de gracia ó su uso no constituye un fallo, fué solo un privilegio,

Llegó por fin la época republicana ó constitucional, en que la independencia de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, se inscribe en las constituciones como una de las bases fundamentales del orden político; con todo el derecho de *gracia* se sostuvo en el código político de las repúblicas de instituciones liberales mas avanzadas, teniendo parte en dicha facultad no solamente el Poder Ejecutivo, sino tambien el Poder Legislativo como lo veremos mas tarde.

Apesar de tan constante y universal aceptación del derecho de gracia, muchísimos escritores se han opuesto á su existencia considerándolo insostenible no solamente ante el Derecho Penal sino tambien ante el Derecho Político ó Constitucional.

Dejando la discusión que bajo el punto de vista constitucional se ha sostenido sobre este punto y tratando la gracia únicamente bajo el punto de vista penal, veamos las objeciones que á su respecto se han presentado.

Las leyes penales dicen los impugnadores de la gracia ó son justas ó no lo son. Si son justas, el indulto, las conmutaciones y la amnistía, no pueden sostenerse desde que evitan que un condenado sufra su merecido castigo. Si por el contrario son injustas el derecho de gracia es un medio mezquino, que solo sirve para herir al inocente, y que si á tanta costa, puede salvar á alguno de ellos, de seguro no los libertará ni salvará á todos.

Este argumento se presenta á primera vista embarazoso dice Pacheco; pero basta considerarle un instante con detención, para conocer que descansa en un supuesto falso, y que flaquea todo él desde su base á su cúspide. Benjamin Constant, lo ha refutado con una sola observación concluyente. «Os falta ha dicho á los que se lo proponían, el que tengais una ley para cada caso: Ved si podeis hacerla en lugar de los preceptos generales que llenan los Códigos; y entonces, pero solo entonces, se os podría conceder la necesidad de su aplicación ó su reforma bajo pena de injusticia. Preveded todo lo que haya de venir, escribidlo de antemano, detallado, exacto con todas las circunstancias que lo han de acompañar y cuando lo hayais hecho, podremos examinar vuestra pretensión, de que no se dispense nunca el cumplimiento de tales disposiciones.»

«Pero esta disposición es falsa dice Pacheco, es absurda, es imposible. Con la especialidad con que se encuentran en la práctica, nunca ha podido escribirse caso alguno en los Códigos. No es pues jamás el hecho sucedido completamente el mismo hecho de que habla la ley; siempre ha de haber en el real ó por si mismo ó por las personas que la ejecutan, algo que no hubiese en el previsto ó imaginario. De aquí es que las leyes no se adaptan á los sucesos, ni podrán nunca adaptarse, con esa perfección, que supone ó quiere el dilema. Y co-



mo que, los tribunales, por mucho que sea su derecho de interpretación, por extensa que supongamos su facultad moderadora, no pueden contradecir las disposiciones de la ley, consultar los motivos sociales y políticos que pudieran exigir su modificación ni hacerse cargo, en fin de circunstancias que exigieran á los ojos de la razón y de la justicia natural una variación importante en el fallo; de aquí la flaqueza y la nulidad de ese argumento que combatimos, como de cualquiera otro que se funde en las mismas bases, y la conveniencia y aun necesidad de un derecho que modere y excluya en muchos casos la inflexible severidad de la ley.

Garófalo enemigo decidido del derecho de gracia, la califica como un medio protector de la criminalidad. Ese acto de generosidad dice no debe existir, sino cuando se tratase de todo aquello que el gobierno prohíbe y cuya trasgresión podría perdonarla el gobierno mismo, como los delitos políticos y las contravenciones á las leyes de hacienda ó á los reglamentos administrativos. Mas ¿cómo concebir que el gobierno pueda perdonar lo que está prohibido *por leyes naturales* de la organización social, cuyo defensor y custodio debe ser el gobierno mismo. Es casi inverosímil agrega, que este derecho de gracia haya podido sobrevivir á todas las demás irracionales prerogativas, que el progreso de las instituciones ha ido aboliendo gradualmente.

Nada hay mas extraño que la amnistía dice Garófalo, es decir la gracia concedida á toda una clase de delincuentes, á los cuales se le dice: *Lo que ayer era un delito y lo será mañana, hoy y solo por hoy no lo es*. Esta fórmula asáz humorística, es para destruir en los archivos judiciales todo rastro del delito, de tal manera ¡que el reincidente deja de serlo porque el gobierno lo dispone así!!»

En cuanto al indulto y la conmutación los considera Garófalo, contrarios con el fin de la pena. La pena no es ahora como antes un acto de venganza ó de expiación, sino un acto de defensa con que la sociedad resguarda su funcionamiento vital ¿como admitir pues que el Gefe de un Estado tenga el derecho de privar á la sociedad, de sus medios de defensa contra sus enemigos naturales? El indulto concedido á un gran criminal es la violación del derecho que tienen los ciudadanos honestos de verse libres de él para siempre; y el gobierno debería ser responsable, de los nuevos delitos cometidos por los malhechores indultados y reparar el daño que sin este acto inoportuno de clemencia se habría evitado sin duda alguna. Que haya una revisión del proceso por el Gefe del Estado, que pase la causa por todas las instancias que se quiera, cuando la opinión pública señale á un reo como inocente, nada mas justo, pero no es admisible que el Gobierno por un simple acto de clemencia, devuelva al seno de la sociedad, un individuo declarado insociable. Esta iniquidad ataca derechos mas importantes y del mayor número.

Pero á esta impugnación se pueden oponer con ventaja las razones de gran peso que los partidarios de la gracia aducen en su favor. Estos consideran la *gracia*, como una necesidad en toda buena legislación y no conciben que haya un pueblo civilizado que no la adopte como el único medio de templar el rigor excesivo de las leyes escritas en ciertos y determinados casos, y de las injusticias inevitables que puedan resultar de los numerosos defectos de la ley y de la falibilidad de los fallos humanos.

Ya hemos visto que para ser siempre justa la aplicación de una ley es indispensable que haya una para cada caso ocurrente desde que no hay dos hechos completamente iguales. Tenemos pues que de diez veces que una ley se aplique una ó dos según Pacheco será completamente arreglada; en algunas mas



será pasable en otras se desviarán mas de lo justo y por último habrá alguno en que los Tribunales habrán tenido ciertamente que aplicarla pero en que la conciencia universal se sublevará contra la aplicación. Esa dificultad esa imposibilidad que hay de señalar de antemano una ley para cada caso es la que obliga á recurrir á la gracia como el único remedio para modificar los errores ó injusticias de la aplicación estricta de la ley.

Esto por lo que hace á los hechos en sí propio ó á las circunstancias que le están unidas naturalmente. Por lo que respecta á las personas autoras de estos hechos, y las circunstancias especiales que las puedan afectar sin ninguna relación con estas mismas, tambien nos parece fuera de duda que puedan dar justísima ocasión al ejercicio del derecho de gracia. Un delincuente, Señores, puede prestar tales servicios al Estado, que no solo le hagan acreedor á una rebaja en las penas que merecería sufrir sino que aun rigurosamente puede llegar al punto en que se le deba una gran recompensa.

Pero cuando mas campea la necesidad de la gracia es cuando se trata de los delitos políticos. Estremece solo pensar dice Pacheco la idea de que haya un país de tal suerte constituido en que el indulto no pueda aplicarse á tales acontecimientos. En los delitos políticos hay una mezcla de error, de alucinamiento, de generosidad y caballerosidad talvez que distingue á sus autores de todo el inmenso número de criminales. Añádase á ellos que semejantes actos aun cuando tienen menos circunstancias atenuantes, menos excusas, mas bien se castigan y se han de castigar siempre por los perjuicios que causan que por la criminalidad que suponen. Y si esto es así conocerán facilmente que las circunstancias políticas del estado, variables todos los días, han de influir muy mucho en la necesidad ó no necesidad del rigor. Diferéncianse pues en esto de los demás delitos cuyo peligro, ó sea su efecto social de mal y de alarma no se altera visiblemente de un mes á otro, ni de un año á otro. En los delitos políticos se notan semejante alteración; y en ellos por consiguiente podrá el rigor ser saludable y útil para los intereses del país, en un día y no serlo al día siguiente y volverlo á ser la semana próxima. La conveniencia y la necesidad de la ley es aquí variable en su morada. Empero la ley misma no puede variarse con tal precipitación ni reformarse cada semana. De modo que para no sentirse demasiado los efectos alternativos de un rigor desmedido, y de una indulgencia perniciosa; para conciliar la prudencia y la conveniencia contemporáneas en los actos con la fijeza y estabilidad en las leyes no hay mas remedio que el derecho de perdonar y conmutar las penas ora en el momento de acabar el juicio ora cuando ya se ha padecido una parte de las falladas. Solo por este medio son conciliables la seguridad del Estado que exige á veces leyes rigurosas y los sentimientos de la justicia y la humanidad que reclaman la disminución de esta clase de penas cuando ha pasado el peligro que las dictara.

Por otra parte la conmutación es el único medio de evitar los peligros de la pena de muerte y los inconvenientes de la perpetuidad de la prisión, una ayuda poderosa para obtener la reforma moral del delincuente y la última esperanza del que por error haya sido condenado á un severo castigo.

Consecuencia de todo esto es la justificación completa del derecho de gracia bajo los aspectos de indulto y conmutación.

«Necesaria para los delitos comunes lo es todavia mas para los delitos políticos: Necesario aun en el caso de existir una buena legislación lo es todavia mas cuando las legislaciones penales son tan defectuosas aun en la mayor parte de los pueblos. No solamente es aceptable la gracia en principio sino que es

de aplaudirse la práctica del jurado Inglés, que simultaneamente de proclamar la culpabilidad del reo, y aplicar la ley estrictamente, recomienda al culpable á la clemencia del Monarca.»

Considerada la gracia bajo el aspecto de amnistía esto es del perdón, que comprenden á un gran número, á clases enteras de individuos, es hoy un medio tan indispensable para el gobierno de los pueblos que no se concibe según Pacheco cómo pueda haber uno que carezca de la facultad de acordar amnistía.

Los delitos políticos en forma colectiva, esto es las revoluciones que buscan cambiar situaciones ó instituciones, son hoy día tan frecuentes que constituyen una verdadera plaga, sobre todo en los países republicanos. Entre tanto una vez pasada la tormenta y regularizada la marcha normal del Estado, la observación rigurosa de las leyes que reprimen esos hechos, provocaría nuevas perturbaciones y aumentaría las disensiones y los odios, mientras que el olvido de aquellas faltas, conciliaría los espíritus y calmaría las pasiones, arrojando un velo sobre los errores del pasado. De modo que ya no es solamente la humanidad y la justicia las que exigen esa medida, sino también los intereses bien entendidos de la sociedad, que reclaman el restablecimiento del orden y de la tranquilidad pública turbados por las discordias intestinas entre hijos de una misma patria. Por eso es también que este acto de clemencia, debe ser espontáneo, oportuno y de buena fé, y no debe concederse á los que reclaman la amnistía como un derecho, haciendo de su propio perdón una estratagema de lucha como ha sucedido varias veces. Este acto de debilidad ha costado muchas veces muy caro á los gobiernos.

Aunque el indulto, la conmutación y la amnistía son modalidades de un solo derecho tienen el mismo origen y se emplean mas comunmente en cierta clase de delitos, tienen sin embargo algunos rasgos diferenciales.

La amnistía, quita el carácter de punible, de los delitos á que se refiere, impide el ejercicio de toda acción criminal; siendo una medida de orden público se impone á los amnistiados de pleno derecho, sin excepción y aún contra su voluntad: de suerte que no pueden renunciar á sus beneficios y hacerse juzgar. Las condenaciones pronunciadas en virtud de las infracciones cuya criminalidad desaparece se tienen como no sucedidas; cesan las incapacidades decretadas, se remiten las penas impuestas y si los amnistiados cometen nuevos delitos no se les considera reincidentes; subsistiendo solamente la separación de los daños, porque estos no provienen sino de la ofensa de los derechos de tercero.

Por el contrario el indulto y la conmutación dejan en pié las condenaciones con todos sus efectos menos el cumplimiento de la pena corporal.

La amnistía puede efectuarse en cualquier tiempo; antes de iniciarse acción alguna, durante su prosecución ó despues de sentencia irrevocable; en tanto que el indulto y la conmutación solo caben despues de la cendenación, porque suponen culpabilidad legalmente comprobada.

La amnistía es general: toda persona que se encuentra en las condiciones que señala la ley, puede invocar su protección á menos que se haga escepción expresa; mientras que el indulto y la conmutación son particulares, restringidos á las personas que expresamente se designan; los que no están comprendidos, deben sufrir la pena correspondiente, aunque estén en situación idéntica á los otros.

Por nuestra Constitución es atribución del Congreso decretar amnistías gene-

rales, y del Presidente de la República indultar y conmutar las penas, salvo en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.

Las discusiones sobre la conveniencia y legitimidad de que los Poderes Ejecutivo y Legislativo se entrometan en las atribuciones privativas del Poder Judicial y vice versa; la intromisión que constituye á primera vista un atentado contra la independencia de los poderes bajo el punto de vista del Derecho político, es asunto de otra materia: *el Derecho constitucional*.

### III

La *prescripción* en materia penal, es el medio de librarse de las consecuencias penales de una infracción, por efecto del tiempo fijado y bajo las condiciones fijadas por la ley (Obarrio).

Por medio de la prescripción se extinguen las penas impuestas en mérito de una condenación en juicio así como también el derecho de acusación de los delitos que no han sido sometidos al fallo de la justicia.

La prescripción de las penas, como la prescripción de la acusación, reposa sobre uno de los principios que sirven de base al derecho de castigar ejercido por la sociedad. Para ser legítima la pena social, debe ser necesario al mantenimiento del orden público y útil para los efectos que produce. Estas dos condiciones no se encuentran en las penalidades aplicadas después de un cierto tiempo. En efecto la sociedad no tiene ya interés en reprimir infracciones, cuyo recuerdo se ha borrado. Además lejos de producir en los espíritus el efecto saludable de la intimidación por el ejemplo y de hacer nacer esa satisfacción moral que experimenta la conciencia pública, toda vez que el castigo cae con medida sobre el culpable, la ejecución tardía de la pena provoca opuestos sentimientos. Como el recuerdo del hecho y la necesidad de la represión se conservan mas largo tiempo respecto de los grandes crímenes; que respecto de los delitos inferiores, el tiempo de la prescripción debe ser mas ó menos largo, según la mayor ó menor gravedad. Por otra parte las persecuciones intentadas y las condenaciones pronunciadas, teniendo por efecto prolongar el recuerdo de los hechos que las motivan, el período de la prescripción de las penas debe ser mas largo que el de la prescripción de la acción pública (Haus).

No obstante algunos escritores piensan que no debe existir la *prescripción* en materia penal, porque esto importaría dejar «sin castigo crímenes judicialmente proclamados tales, solo porque el delincuente ha tenido suficiente destreza, para burlar por algunos años la acción de la justicia ya invocada, ya ejercida contra él».

Garófalo que coloca la *prescripciones*, entre las *instituciones protectoras de la criminalidad*, pregunta si será una razón atendible, para no causar perturbación alguna al malhechor, solo porque durante cierto periodo de tiempo haya conseguido ocultarse á las pesquisas de la policía; y se contesta: que en principio general es inadmisibile, aunque lo pueda ser en ciertos casos especiales, como por ejemplo si el agente ha dado pruebas de que ha cambiado radicalmente los rumbos de su actividad ó han desaparecido completamente los motivos ó influencias particulares que han podido impeler al agente al delito; de tal modo, que haya la casi seguridad de que el delito no volverá á manifestarse en el sujeto, que solo se decidió por circunstancias notoriamente extraordinarias. Pero fuera de estos casos Garófalo no admite la prescripción de la ley penal, que ante todo es una ley de defensa.

Así por ejemplo si un estafador hábil se cambia el nombre y se marcha á otra población á continuar sus explotaciones; por fin llega á ser descubierto, pero han transcurrido algunos años desde su primer delito y por la prescripción no es posible perseguirlo ya sino por sus delitos posteriores; pero si estos últimos no están suficientemente probados ¡la ley le permite que vuelva á dedicarse libremente á su noble industria! En cuanto á los criminales instintivos que no son susceptibles de enmienda Garófalo no admite la prescripción en ningún tiempo, porque dichos seres son insociables.

Estas impugnaciones provienen seguramente de haberse creído que el simple lapso de cierto tiempo basta por sí solo para extinguir el crimen y la pena; de haber asimilado totalmente la prescripción penal con la civil. No es esta sin embargo la mente de las legislaciones que sin discrepancia y unánimemente aceptan la prescripción; no siendo tampoco la de nuestro Código Penal como se desprende de la nota puesta al pié del art. de la Ley correspondiente á esta institución, por el Dr. Tejedor. Ella es la que sigue.

«La prescripción en materia criminal, no debe considerarse bajo el mismo punto de vista que en materia civil. En derecho civil el tiempo solo sin otras condiciones, puede producir efectos; porque importa no dejar la propiedad en la incertidumbre y porque el hombre negligente que pierde sus derechos, debe culparse á sí mismo. En derecho penal el simple lapso de tiempo no puede destruir la penalidad, porque de otro modo bastaría á un malhechor hábil, borrar cas trazas de su crimen ó fugarse para procurarse la impunidad. El beneficio de la prescripción no puede aprovechar al que se oculta, destruye los medios de prueba ó procura de cualquier otro modo ilícito trabar la acción de la justicia y sustraerse al castigo. No es lo mismo cuando sin participación del culpable, el hecho ó el agente quedan ignorados por los magistrados, ó cuando por culpa del Juez, queda en suspenso la averiguación ó el fallo. Si este estado se prolonga y el culpable durante este tiempo guarda constantemente una conducta regular, el legislador puede encontrar en estos, motivos poderosos, de borrar el crimen y suspender la represión. Despues de un lapso de muchos años, el interés de la sociedad en el castigo del crimen, se ha debilitado como el recuerdo del crimen mismo. La prueba es incierta, la defensa mas difícil, é importa al Estado estimular el retorno del culpable al bien y al orden; porque si la continuación de una buena conducta durante muchos años, si esta prueba tan positiva de arrepentimiento, no se aceptase como un medio de reconciliación, si el hombre, criminal en un fatal momento, no pudiera alzarse jamás, se vería provocado por este solo hecho á nuevos crímenes y delitos. No es pues el lapso de tiempo, sino mas bien la mejora manifestada durante este tiempo por el culpable, lo que extingue el crimen. Así el artículo exige una buena conducta no interrumpida, durante los términos de la prescripción.

La prescripción en materia penal, descansa indudablemente en una idea moral y equitativa, por diferentes que sean los puntos de vista bajo que ha sido considerada. Segun un escritor antiguo, la base de la prescripción es la posesión en que el delincuente ha estado de la impunidad. Pero esta razón tomada únicamente de los principios de la posesión, no es satisfactoria. Filangieri daba por motivo, que nada es mas difícil que defenderse de una acusación formada muchos años despues del crimen, porque el tiempo al borrar el recuerdo de las circunstancias que han acompañado al delito, quita al acusado todos los medios de justificación, ofrece al calumniador audaz, el velo que ha de cubrir sus imposturas. Mr. Legraverand, agrega á esta reflexión que si el crimen ó

delito no ha sido perseguido, es probablemente porque el órgano no habrá podido reunir datos suficientes de culpabilidad y el tiempo no puede menos de aumentar la dificultad de tener pruebas seguras. La exposición de motivos del Código Francés daba por principal razón que á ejemplo de las venganzas individuales, la vindicta pública debe olvidar tambien las injurias hechas á la sociedad. Pero luego agrega esta observación mas positiva: ¿quién no sabe que durante el tiempo exigido para la prescripción el culpable ha sido castigado por las agitaciones y tribulaciones interiores de su conciencia, los tormentos de una vida incierta y precaria? y que si despues de este tiempo no es libertado enteramente de este estado de tormentos y angustias interiores, merece al menos quedar libre de la pena legal á que ha sido condenado, ó si no ha habido condenación verse amparado de un proceso criminal? En el caso de no condenación hay otra razón para no proceder contra él y es, que despues de un largo lapso de tiempo, no es fácil comprobar el cuerpo del delito, ni procurarse piezas de convicción, ni hallar testigos. Asi, el fundamento principal de la prescripción en lo concerniente á la acusación está en la dificultad presunta de justificar la acusación ó apoyar la defensa, en pruebas, todavia existentes; y en cuanto á la pena ya pronunciada por un fallo no ejecutado, en los tormentos morales, que ha debido sufrir el condenado, ó en un generoso olvido de la vindicta pública (Morin Rep. prescripción).

«En cuanto á los plazos mismos no deben ser ni demasiado cortos, porque se comprometería entonces la seguridad pública, ni demasiado largos, porque sería duro dejar á un hombre esperando indefinidamente los efectos legales de su mejora. La necesidad de proveer al interés de la sociedad y de asegurarse de la enmienda del culpable, exige que el legislador fije la duración de la prescripción, según la diferencia de los delitos y de los crímenes.

Las disposiciones de nuestro Código Penal sobre la prescripción establecen:

Art. 192—«Que el derecho de acusar por las infracciones castigadas con prisión ó arresto, se prescribe á los dos años».

«Por los crímenes ó delitos sujetos á presidio mayor ó menor por tiempo determinado á los ocho años».

«Por los crímenes ó delitos que tengan pena de muerte ó presidio mayor ó menor por tiempo indeterminado á los doce años».

Art. 193—«Las penas de muerte presidio mayor ó menor por tiempo indeterminado se prescriben á los treinta años».

«La pena de presidio mayor ó menor por tiempo determinado á los veinte años».

«Las demás penas por un tiempo igual al de la condena con un aumento de dos años».

«La multa á los tres años».

Art. 194—«Los términos de la prescripción comienzan á contarse para las acusaciones desde el día en que se comete el delito; para las penas desde que se interrumpe su ejecución».

«Si antes de vencido el término comete el reo otro delito de la misma especie ó que merezca igual ó mayor pena, la prescripción queda sin efecto».

Comentando el Dr. Tejedor esta última parte del artículo 194 dice: «Ya hemos visto, que la prescripción se halla fundada generalmente, sobre la esperanza del arrepentimiento del culpable y sobre la presunción de que estará corregido, despues de cierto tiempo durante el cual su conducta haya sido irreprehensible. Pero si hallándose siguiendo el curso de la prescripción en lo relativo á

un delito se comete otro por el mismo criminal, parece natural que aquel término se interrumpa y no pueda seguir prestando los efectos referidos puesto que el reo no ha desmentido con su conducta, la presunción que la ley había hecho en su favor. Verdaderamente no sería oportuno ni justo, permitir gozar del beneficio de la amnistía del tiempo, á quien solo le había empleado para multiplicar los atentados contra la sociedad, pues estaba muy distante de manifestar remordimientos y daba á entender que el temor no había tenido influencia alguna sobre él.

Dice el art. 195—«La acción que procede de la responsabilidad civil por crímenes ó delitos, se prescribe en los mismos plazos fijados para el derecho de acusar».

De lo contrario dice el Dr. Tejedor resultaría que un hecho criminal, no castigado por la ley, quedaría subsistente para los efectos de la acción civil, lo cual no es justo en manera alguna. Los tribunales civiles tendrían en ese caso mas potestad que el ministerio público encargado de perseguir á los criminales y de los tribunales dedicados á la imposición del castigo; y del juicio civil resultaría el reconocimiento de un delito sin pena lo que sería monstruoso.

Otra causa de extinción de las penas, es el *perdón del ofendido* en los delitos llamados de acción privada; esto es en aquellos en que el ministerio público no es parte y solo puede iniciarse á instancias del agraviado particularmente ya sea en su persona ó en la de su familia.

Como este punto lo trataremos mas detenidamente en otra lección al estudiar esos delitos, escusamos de entrar en mas detalles.

Con esta lección terminamos la parte general ó filosófica del Derecho Penal.













